

Der einstweilige Rechtsschutz
im Recht der Bundesrepublik Deutschland
und im Recht des Staates New York

Ein rechtsvergleichender Beitrag
zu den Problemen des einstweiligen
Rechtsschutzes

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der
Rechte des Fachbereichs Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Victoria Stein-Hobohm
Rechtsanwältin in 6508 Alzey

1985



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der einstweilige Rechtsschutz
im Recht der Bundesrepublik Deutschland
und im Recht des Staates New York

Ein rechtsvergleichender Beitrag
zu den Problemen des einstweiligen
Rechtsschutzes

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der
Rechte des Fachbereichs Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Victoria Stein-Hobohm
Rechtsanwältin in 6508 Alzey
1985

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. jur. Müller

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. jur. Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1985

Meinem Mann Alexander

und meinen Eltern

in Dankbarkeit

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII - X
A. Einleitung	S. 1
B. 1. Hauptteil: Landesbericht New York	S. 4
1. Kapitel:	
Die rechtshistorische Entwicklung der interlocutory injunction	
I. Die Entstehung des Equity Rechts	
II. Die Injunction als Institut der Equity	S. 5
III. Die Kolonialisierung Amerikas	S. 8
IV. Die Vereinigung von Common Law u. Equity	
V. Die Entwicklung zum modernen einstweiligen Rechtsschutz	S. 9
2. Kapitel:	S. 11
Die verschiedenen Arten vorläufiger Rechtsbehelfe im Recht von New York	
I. Grundsätzliche Gemeinsamkeiten der vorläufigen Rechtsbehelfe	
II. Die Erscheinungsformen und der Anwendungsbereich der Interlocutory Injunction	S. 12
1. Mandatory und Prohibitory Injunctions	S. 13
a) Die rechtshistorische Entwicklung der Mandatory Injunction	
b) Der heutige Anwendungsbereich der Mandatory Injunction und die Gründe für ihren zurückhaltenden Erlass	S. 14
aa) Form und Wortlaut der Mandatory Injunction	S. 15
bb) Die Fähigkeit zur Erhaltung des Status quo	
cc) Probleme der Interessenabwägung	S. 16
dd) Probleme der Vollstreckbarkeit	
c) Der gewöhnliche Anwendungsbereich für Mandatory Injunctions	S. 18
2. Die Preliminary Injunction	S. 19
a) Übersicht der näheren Voraussetzungen des Erlasses von Preliminary Injunctions	
b) Die Darlegung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesesieges des Antragstellers	S. 21

aa)Die unterschiedliche Handhabung des Kriteriums "Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges"	S. 21
bb)Entscheidung ohne Vorausprüfung	S. 23
c) Irreparable harm to the petitioner	S. 28
aa)Der historische Entstehungsgrund	
bb)Die dogmatische Einordnung	
cc)Die Bestimmung des irreparablen Schadens	S. 29
d) Das Prinzip der Interessenabwägung nach der balance of the hardships	S. 31
aa)Die Belange der Verfahrensbetei- ligten	
bb)Public interest	S. 36
3. Statutory injunctions	S. 37
3.Kapitel:	
Die bei der Anordnung des einstweiligen Rechts- schutzes zu beachtenden allgemeinen Grundsätze	S. 39
I. Einwendungen,begründet durch das Verhalten des Antragstellers	
1. He who comes in Equity must come with clean hands	
2. He who seeks equity must do equity	S. 42
3. Acquiescence	S. 43
4. Doctrine of laches	S. 44
II. Ermessen	S. 46
III. Die Sicherung der Verfahrensbeteiligten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durch die Verpflichtung zum Schadens- ersatz - Bond	S. 49
1.Die historische Entwicklung	
2.Bond, als gesetzlich vorgeschriebene Erlaßvoraussetzung der preliminary injunction	
3.Die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die gesetzliche Verpflichtung	S. 50
4.Die Bemessung der Höhe der Schadensersatz- verpflichtung	
5.Die Haftung aus dem Bond	S. 51
IV. Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Rechtsschutzverfahren	S. 56
1.Die Vorwegnahme der tatsächlichen und rechtlichen Prüfung	

2. Die inhaltliche Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung (die full-relief-rule)	S. 58
V. Die Rechtskraft	S. 62
1. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft	
2. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft	S. 65
VI. Adequacy	S. 67
4. Kapitel: Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der interlocutory injunction	S. 71
I. Zuständigkeitsfragen	
1. Die örtliche Zuständigkeit Der Beklagte muss der Gerichtsbarkeit des Gerichts unterliegen ("in personam jurisdiction")	
2. Die sachliche Zuständigkeit ("subject matter jurisdiction")	S. 73
II. Postulationsfähigkeit	
III. Die Besonderheit des ancillary proceeding	S. 74
IV. Der Antrag auf Erlass einer preliminary injunction	S. 75
V. Die Bekanntmachung an den Beklagten	S. 76
VI. Die Anhörung	S. 78
VII. Die Beweisführung im vorläufigen Verfahren	S. 79
VIII. Der Umfang der getroffenen Anordnung	S. 83
5. Kapitel: Die Besonderheiten der temporary restraining order	S. 84
I. Allgemeines	
II. Das Verhältnis der temporary restraining order zur preliminary injunction	
III. Immediate and irreparable injury	S. 87
IV. Der Erlass der temporary restraining order ohne vorherige Anhörung	
V. Die Geltungsdauer der temporary restraining order	S. 89
2. Hauptteil: Landesbericht Bundesrepublik Deutschland	S. 91
1. Kapitel: Die rechtshistorische Entwicklung der einstweiligen Verfügung	

I.	Die Geschichte der Sicherungsanordnung	S. 91
II.	Die Geschichte der Regelungsanordnung	S. 94
III.	Die Geschichte der Leistungsanordnung	S. 97

2. Kapitel:

Die verschiedenen Arten vorläufiger Rechtsbehelfe im Recht der Bundesrepublik Deutschland		S. 100
---	--	--------

I.	Die Abgrenzung der unterschiedlichen vorläufigen Rechtsbehelfe	
II.	Die näheren Voraussetzungen einstweiligen Verfügungserlasses	S. 102
1.	Der Verfügungsanspruch	
a)	Der Sicherungsanspruch	
b)	Der Regelungsanspruch	S. 104
2.	Der Verfügungsgrund	S. 107
a)	Der Sicherungsgrund	
b)	Der Regelungsgrund	
c)	Die dogmatische Einordnung des Verfügungsgrundes	S. 108
d)	Die Dringlichkeitsvermutung	S. 110
3.	Die Interessenabwägung	

3. Kapitel:

Die Leistungsverfügung und die daraus folgende Vorwegnahmeproblematik		S. 114
---	--	--------

I.	Allgemeines	
II.	Der Anspruch auf Geldzahlung zur Befriedigung dringender Bedürfnisse	S. 116
III.	Der Anspruch auf Unterlassung einer Handlung	S. 118
IV.	Der Anspruch auf Herausgabe von Sachen	S. 120
V.	Der Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung und Vornahme sonstiger Handlungen	S. 121

4. Kapitel:

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des einstweiligen Verfügungsverfahrens		S. 123
---	--	--------

I.	Allgemeines	
II.	Die Selbständigkeit von Eil- und Hauptverfahren	S. 124
III.	Die Prozeßvoraussetzungen	S. 125
1.	Die Postulationsfähigkeit	
2.	Die Zuständigkeit	
a)	Die sachliche und örtliche Zuständigkeit	

b)Die funktionelle Zuständigkeit	S. 128
3. Die ordnungsgemässe Antragstellung	
IV. Der Einwand der Rechtshängigkeit	S. 132
V. Der Einwand der Rechtskraft	S. 135
1. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft	
2. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft und das Problem der Vollstreckbarkeit einstweiliger Verfügungen gegen Dritte	S. 141
VI. Die mündliche Verhandlung	S. 145
1. Die besondere Dringlichkeit	
2. Die Handhabung in der Praxis	S. 146
3. Der Sonderfall der Antragszurückweisung	S. 147
4. Die Schutzschrift als Korrektiv im Recht gegen unlauteren Wettbewerb	S. 151
VII. Die Beweisführung im einstweiligen Verfü- gungsverfahren	S. 152
VIII.Die Sicherheitsleistung	S. 154
5.Kapitel:	
Der Schadensersatzanspruch auf § 945 ZPO	S. 155
I. Die Voraussetzung der Haftung aus § 945	
II. Die Bindungswirkung vorangegangener Ent- scheidungen	S. 157
3. Hauptteil: Vergleich der beiden Rechte und kritische Analyse	S. 161
1. Kapitel:	
Der Verfügungsgrund	
I. Die Glaubhaftmachung der Dringlichkeit im Gegensatz zur Dringlichkeitsvermutung	
II. Das Irreparabilitätserfordernis als zu- sätzliche Erlaßvoraussetzung	S. 162
2. Kapitel:	
Die Interessenabwägung	S. 166
I. New York: Interessenabwägung als Korrektiv zur Hauptsacheprognose	
II. Verzicht auf die Hauptsacheprognose zugunsten der Interessenabwägung	S. 167
III. Interessenabwägung als zusätzliche Erlaß- voraussetzung	S. 170

3. Kapitel:	
Die Vorwegnahme der Hauptsache	S. 176
I. Identische Problemlage in beiden Rechtssystemen	
II. Lösungsvorschläge für das deutsche Recht	S. 178
1. Erhöhte Anforderungen beim Verfügungsanspruch	
2. Der "Notfall" als Verfügungsgrund	S. 180
3. Die Interessenabwägung	S. 182
4. Kapitel:	
Das Verhältnis des einstweiligen Rechtsschutzverfahren zum Hauptsacheverfahren	S. 185
5. Kapitel:	
Die Rechtskraftproblematik	S. 186
I. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft	
II. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft und das Problem der Vollstreckbarkeit einstweiliger Verfügungen gegen Dritte	S. 189
6. Kapitel:	
Das Erfordernis der mündlichen Verhandlung	S. 192
7. Kapitel:	
Die Wechselwirkung von Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung	S. 196
8. Kapitel:	
Die Schadensersatzansprüche	S. 199
I. Die unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen	
II. Die Ersatzfähigkeit der Verfahrenskosten	S. 201
III. Das Problem der Bindungswirkung vorangegangener Entscheidungen	S. 203
D. Schlußbemerkung	S. 209
Literaturverzeichnis	S. 216
I. Zum amerikanischen Recht	
II. Zum deutschen Recht	S. 220
Entscheidungsverzeichnis	S. 231
Anhang	S. 238
A. Gesetzliche Bestimmungen im Auszug	
B. Auszug aus dem Referentenentwurf eines 2. ZPO-Änderungsgesetzes	S. 241

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis
aff'd	affirmed
Anm.	Anmerkung
Assn.	Association
Asso.	Associate
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Board
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bldg.	Building
BusLawyer	Business Lawyer
Bus.	Business
Cal.App.	California Appeals; Berufungsgerichts- entscheidungen
Cal Rptr.	California Reporter; Fallrechtssammlung
Ch	Chapter
Circ.	Circuit; Gerichtsbezirk eines Bundes- berufungsgerichts
Co.	Company
Corp.	Corporation
CPLR	Civil Practice Law and Rules
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
d.h.	das heißt
Dist.	District (Court); erstinstanzliches Bundesgericht
DRIZ	Deutsche Richter Zeitung
Ed.	Edition
Ed.	Education
Edu.	Education
F2d	Federal : Fallrechtssammlung der Bundesberufungsgerichte, 2. Serie

f	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	fortfolgende
Ffm	Frankfurt am Main
Frkf	Frankfurt " "
FSupp	Federal Supplement; Fallrechts- sammlung der erstinstanzlichen Bundesgerichte
gem.	gemäß
ggfs.	gegebenenfalls
Grdz	Grundzüge
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hans.	Hanseatisches
h.M.	herrschende Meinung
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Inc.	Incorporated
i.V.m.	in Verbindung mit
JurA	Juristische Analysen
Jura	Juristische Ausbildung
Jur Büro	Das juristische Büro
JUS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
L.J.	Law Journal; Zeitschrift mit Vorsatz des Staats - oder Universitätsnamens
Ltd	Limited
Mass.App.	Massachusetts Appellate; Berufungs- instanz des Staates
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MfG	Manufactoring

Mich.	Michigan; auch höchstrichterliche Fallrechtssammlung des Staates
ND	Nothern District; Gerichtsbezirk eines erstinstanzlichen Bundesgerichtes innerhalb eines Staates
NE	Regionalfallrechtssammlung North Eastern
NY	New York; auch höchstrichterliche Fallrechtssammlung des Staates
New L.J.	New La ^w Journal
NYS	New York Supplement; untergerichtliche Entscheidungen
NYS2d	New York Supplement; untergerichtliche Entscheidungen, 2. Serie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Regionalfallrechtssammlung Nort Western
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Ore	Oregon; auch höchstrichterliche Fallrechtssammlung des Staates
P2d	Regionalfallrechtssammlung Pacific 2. Serie
Pa	Pennsylvania; auch höchstrichterliche Fallrechtssammlung des Staates
Pre-trial motions	Vorverhandlungsanträge
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
Rdz.	Randziffer
RG	Reichsgericht
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
S.Ct	Supreme Court Reporter; Fallrechtssammlung des obersten Bundesgerichtshofs
Seuff A	Seufferts Archiv
Soc.	Society
sog.	sogenannte

S.D.N.Y	Sothorn District New York; Gerichtsbezirk eines erstinstanz- lichen Bundesgerichts innerhalb der Staates New York
SW2d	Regionalfallrechtssammlung Southern Western 2. Serie
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Tel.	Telephon
Tex.Civ.App.	Texas Berufungsentscheidungen in Zivilsachen
Transp.	Transport
u.a.	unter anderem
U.S.	United States; auch Fachrechts- sammlung des Obersten Bundesgerichts- hofes
u.s.w.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	versus; gegen
vgl.	vergleiche
VersR	Versicherungsrecht
Ves.	Vesey junior (Chancery 1789-1817)
Vorb.	Vorbemerkung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WPM	Wertpapiermitteilungen
Wis	Wisconsin ; auch höchstrichterliche Fallsammlung des Staates
W.D.	Western District
Wash	Washington; auch höchstrichterliche Fallrechtssammlung des Staates
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZV	Zwangsvollstreckungsrecht
ZwV	Zwangsvollstreckungsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. Einleitung

Die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gewinnen in der Praxis immer mehr an Bedeutung¹⁾, ohne daß die gesetzlichen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung dieser Entwicklung eine erkennbar gesicherte Basis bieten könnten.²⁾

Besonders auffallend ist auch, daß sich die Funktion des einstweiligen Verfügungsverfahrens geändert hat. Es ist dem Antragsteller heute nicht nur möglich, seine Recht mit Hilfe von einstweiligen Verfügungen zu sichern, sondern er kann mit ihr bereits die Rechtsfolge herbeiführen, die er an sich erst nach einem Erfolg im ordentlichen Verfahren herbeiführen könnte.

Mit der Bedeutung der Eilprozesse wachsen auch die damit zusammenhängenden Gefahren.³⁾ Das einstweilige Verfügungsverfahren bietet die Möglichkeit, das rechtliche Gehör zu beschränken, es ersetzt die Beweisführung durch Glaubhaftmachung und erfordert eine rasche Verfahrensdurchführung und Entscheidungsfindung. Diese Besonderheiten erhöhen das Risiko unrichtiger Entscheidungen nicht unbeträchtlich. Die vom Gesetzgeber als Kompensation für die Gefahren des "schneidigen" Verfahrens vorgesehene Schadensersatznorm des § 945 ZPO kann die Folgen einer ungerechtfertigt erlassenen einstweiligen Verfügung nicht immer ausgleichen. § 945 ZPO sieht zwar eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung vor, kann jedoch den Antragsgegner nicht vor Illiquidität des Antragstellers oder vor den Folgen der Verfügungen schützen, die den Antragsteller bereits endgültig befriedigen und einen irreparablen Rechtszustand schaffen.

1) Baur "Studien ..." S. 1 ff; Teplitzky JUS 80, 882;
Gerhard S. 254; Leipold S. 1 ff

2) Schilken S. 15

3) Leipold ZZP 90, 260, 269; Baur BB 64, 607; Borck WRP 79, 275

Angesichts der sich in letzter Zeit mehrenden Literatur zu Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes¹⁾ könnte man davon ausgehen, daß für eine weitere Untersuchung kein Bedürfnis besteht. Die Vielzahl wissenschaftlicher Arbeiten, die nicht nur in Form von Dissertationen, sondern auch in Aufsätzen, kritischen Auseinandersetzungen mit Gerichtsentscheidungen und Seminarveranstaltungen²⁾ zum Ausdruck kommen, beweisen jedoch, daß die Fragen, die sich im Bereich der einstweiligen Verfügung stellen, noch lange nicht als zufriedenstellend beantwortet gelten können.

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, ob sich im Recht von New York vergleichbare Probleme stellen und ggfs. wie diese gelöst werden. Dabei sollen sowohl die historische Entwicklung, die Auswirkungen auf das gesamte Rechtsschutzsystem, als auch die sozialen Gegebenheiten³⁾ berücksichtigt werden.

Die vorliegende Untersuchung bezweckt nicht, die New Yorker preliminary injunction der deutschen einstweiligen Verfügung schlechthin als Vorbild hinzustellen. Dagegen sprechen nicht nur die unterschiedliche historische Entstehung, und die im übrigen unterschiedliche Ausgestaltung des Prozeßrechtes, in das das einstweilige Verfügungsverfahren eingebettet ist, sondern auch der Umstand, daß die preliminary injunction im New Yorker Recht selbst auch nicht als vollkommenes Rechtsinstitut angesehen wird. Letzteres vereitelt nicht den Zweck einer rechtsvergleichenden Arbeit, denn auch Schwächen in einem fremden Recht haben einen nicht

1) Leipold, Hobbeling, Schilken, Höhne, Arens, Baur, Grunsky

2) Teplitzky NJW 84, 850; Borck WRP 72, 238; WRP 78, 641; Dütz BB 80, 533

3) Zweigert-Kötz S. 6: "Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind untrennbare Zwillingswissenschaften und dies in besonderem Maße dann, wenn der Rechtsvergleicher sich mit dem anglo-amerikanischen Recht beschäftigt, weil es kaum eine Rechtsordnung gibt, deren Entwicklung eine solche Kontinuität aufweist, wie die anglo-amerikanische."

zu unterschätzenden Aussagewert. Es muß auch berücksichtigt werden, daß die anglo-amerikanische Rechtssprache auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts bei weitem nicht die analytische und begriffliche Klarheit besitzt, wie die deutsche und daher aus dem Gebrauch bestimmter Begriffe keine zu weitgehenden Schlüsse auf die dogmatische Einordnung der bezeichneten Rechtsinstitute gezogen werden dürfen.¹⁾

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in drei Hauptteile, einen New Yorker und einen deutschen Landesbericht und einen vergleichenden Teil. Die Länderberichte beschränken sich darauf, den derzeit geltenden Rechtszustand darzustellen. Auf eigene Stellungnahmen und Kritik der berichteten Rechtsprechung und Literatur wird weitgehend verzichtet. Die Analyse und Würdigung folgt erst im vergleichenden Teil. Mit dieser Trennung soll dem Leser die Möglichkeit gegeben werden, sich vorerst einen, von der Auffassung des Verfassers unabhängigen, Einblick in die Praxis des Verfügungserlasses beider Rechtsordnungen zu verschaffen. Im vergleichenden Teil soll das New Yorker Recht keiner Kritik unterzogen werden, sondern nur die Verwertbarkeit für das deutsche Recht untersucht werden. Sofern für das deutsche Recht keine Lösungsansätze aus dem New Yorker Recht herleitbar sind, wurde auf eine Problemanalyse weitgehend verzichtet und nur ausnahmsweise kritisch Stellung bezogen.

1) Engelmann - Pilger S. 19

1. Hauptteil: Landesbericht New York

1. Kapitel:

Die rechtshistorische Entwicklung der interlocutory injunction

I. Die Entstehung des Equity Rechts

Die Erläuterung der Entstehung der interlocutory injunction bis hin zu ihrem heutigen Anwendungsbereich bedarf eines Einblickes in die gesamte anglo-amerikanische Rechtsgeschichte, da eine isolierte Betrachtung der Entwicklung der interlocutory injunction zu ihrer Erklärung nicht ausreicht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß zum Verständnis anglo-amerikanischen Rechts weit mehr historische Kenntnisse erforderlich sind, als bei der Behandlung kontinentaleuropäischen Rechts. ¹⁾

Von der normannischen Eroberung an bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts hatte sich bereits ein System gemeinen Rechts, das Common Law, entwickelt ²⁾, das von den reisenden Richtern des königlichen Gerichts gesprochen wurde. ³⁾ Die Durchsetzung eines Rechtsanspruches setzte die Existenz einer darauf zugeschnittenen Klageform, eines Writ, voraus, so daß das ursprüngliche Common Law ein Aktionensystem darstellte. ⁴⁾ Die Klage war kein Mittel zur Durchsetzung eines beliebigen Anspruchs, sondern es galt umgekehrt der Satz: "ubi remedium, ibi ius."

Unter dem Writ (obsoleter Partizip-Perfekt-Passiv-Form von "to write": schreiben= das Geschriebene, die Schrift, der Königsbrief) verstand man ursprünglich den den Prozeß einleitenden Befehl des Königs.

1) Blumenwitz S. 5

2) Horsfield S. 1

3) Hay S. 4

4) Hay S. 4

Der Writ musste vom Kläger in der königlichen Kanzlei (Chancery) beantragt werden und wurde vom Kanzler (Chancellor) gesiegelt.¹⁾ Um die Entstehung neuer Writs und somit auch die Ausweitung königlicher Gerichtsbarkeit zu verhindern, erging im Jahre 1258 mit den "Provisions of Oxford" das Verbot neuer Writs. Die daraus folgende Begrenzung des Aktionensystems bzw. der Rechtsmittel führte zur Entwicklung eines Billigkeitsrechtes, der Equity.²⁾ Die vom Formalismus des strengen Common Law im Stich Gelassenen konnten sich an den König als "Quelle aller Gerechtigkeit und Gnade" wenden.³⁾ Die Handhabung des Billigkeitsrechtes war vom König auf den Lord Chancellor übergegangen. Ende des 15. Jahrhunderts war das kraft königlicher Vollmacht ausgeübte Verfahren "in Equity" zur Gerichtsbarkeit des Court of Chancery verfestigt, der mit den Common Law Gerichten rivalisierte.⁴⁾

II. Die Injunction als Institut der Equity

Als Vorläufer der injunction des Equity Rechts gilt allgemein der "Writ of prohibition" des Common Law.⁵⁾ Außerdem gab es im Common Law einen "Writ quia timet".⁶⁾ und einen "Writ of estrepment",⁷⁾ die ähnlich der späteren interlocutory injunction des Equity Law der Erhaltung des Status quo für die Dauer eines Prozesses dienen konnten.⁸⁾

1) Blumenwitz S. 6

2) Hay S. 4

3) Blumenwitz S. 8

4) Blumenwitz S. 8

5) Plucknett S. 678 f

6) Plucknett S. 679 (which, like the Chancery bills of the same name, aim at preventing a wrong, which is threatened before it occurs)
Hazelton S. 282
Bordwell S. 504

7) Holdsworth, II S. 248

8) Kanzler S. 42

Als weiteres Vorbild für die Entwicklung der injunctions diente auch das kanonische Recht. Zwar kennt das englische Recht keine Rezeption wie das deutsche, da jedoch die Kanzler bis in das 16. Jahrhundert Geistliche waren, konnte das kanonische Recht so Einfluß nehmen.¹⁾ Die Equity Gerichte setzten bereits im 14. Jahrhundert die injunction als Mittel zur Intervention gegen das Common Law ein.²⁾ Die Kläger begehrten den Erlass von injunctions, wenn sie von den Beklagten mit Hilfe der Common Law Gerichte in Anspruch genommen worden waren und diese Inanspruchnahme der Billigkeit widersprach. Gründe für ein Einschreiten waren beispielsweise Betrug, Nötigung oder Fälschung seitens der Beklagten. Zwar konnte der Kläger auch vor den Common Law Gerichten Betrug als Einrede geltend machen, der Kläger konnte jedoch weder die Vorlage der Unterlagen verhindern, die durch die Täuschung zustandegekommen waren, noch konnte er deren Zurückweisung erreichen.³⁾ Injunctions konnten sowohl vor als auch nach Erlass eines Urteils der Common Law Gerichte erlassen werden. Injunctions, die vor Erlass des Urteils ergingen, stellten vorläufige Verfügungen dar, die die weitere klageweise Durchsetzung des Anspruches solange untersagten, bis der Kanzler den Streit behandeln konnte. Der Erlass von injunctions nach Verkündung eines Common Law Urteils war eine endgültige Entscheidung und verhinderte somit die Vollstreckung des Common Law Urteils auf Dauer.⁴⁾ Injunctions ergingen auch in den Fällen, in denen das Common Law keinen bzw. nur unzureichenden Rechtsschutz bot. So konnte ein Kläger nach Common Law nur Schadensersatz verlangen, ohne die schädigende Handlung vor Schadenseintritt wirksam abwehren zu können. Es war daher Aufgabe des Kanzlers unerlaubten Handlungen, insbesondere Eigentumsverletzungen durch Erlass einer injunction vorzubeugen.⁵⁾

1) Maitland S. 8 u. 9

2) Potter S. 154

3) Holdsworth, I S. 457

4) Babour S. 847

5) Holdsworth, I S. 458; II, S. 324

Auch diese Arten der Injunction sind in Fällen von vorläufiger Natur gewesen¹⁾ und dienten so den Rechtstrieden als zur endgültigen Entscheidung des Kanzlers. Die "Rules of Equity" waren zum damaligen Zeitraum noch nicht entwickelt, so daß sich die Wirkung der Injunction nicht nur auf Verfahrensbeteiligte beschränkte. Im dem Kanzler, bezüglich des Erlasses von Injunctionen uneingeschränktes Ermessen bestand, führte dies schließlich zu dem Vorwurf der Willkür und Rechtsunsicherheit.²⁾ Andererseits waren die injunctions im 15. Jahrhundert fortschrittlich, denn man kannte bereits damals eine Art Vorrechtsbelehrung für den Fall, daß die einstweilige Anordnung zu Unrecht ergriffen sein sollte.³⁾ Im Verlauf des 16. und 17. Jahrhunderts entwickelte sich das Equity Recht mehr und mehr von reinem Billigkeitsrecht hin zu festen Regeln.⁴⁾

Zu der Zeit James I. kam es zu einer grösseren Auseinandersetzung zwischen Lord Chancellor Ellesmere und Chief Justice Coke, der dann durch James I. für die Chancery ernannt wurde.⁵⁾ Ellesmere war stets bereit zuzugeben, daß Equity ein Billigkeitsrecht und nicht lediglich Ermessensentscheidungen beinhalte, da es seine eigenen Gebräuche und Prozeduren zur Verfahrensregelung geschaffen habe.⁶⁾ Coke ging dazu über, das Chancery Gericht zu verbieten, die Equity Gerichte anzurufen. Ellesmere seinerseits erließ einstweilige Verfügungen, die die Vollstreckung von Common Law Urteilen hinderten. James I. richtete eine Untersuchungskommission unter der Leitung von Sir Francis Bacons ein, die zum Ergebnis hatte, daß dem Chancery Gericht Vorrang vor dem Common Law Gericht gebühre. In diesem Zusammenhang muß jedoch erwähnt werden, daß sich die Verfügungen der Chancery nie an den Court of Common Law selbst, sondern nur an die Parteien richteten.

1) Barbour S. 847 - Holdsworth V S. 325

2) Holdsworth, I S. 460

3) Barbour S. 844 ff; Iden v. Derry E. C. P. CCCXXVI, 49

4) Maitland S. 9

5) Maitland S. 9

6) Plucknett S. 699

Die Urteile der Common Law Gerichte wurden nicht für ungültig erklärt, vielmehr wurde nur festgestellt, daß es unbillig sei aus einem solchen Urteil vorzugehen.¹⁾ In diesem Zeitraum wurden die wichtigsten Grundsätze der Equity entwickelt,²⁾ die noch heute bei Erlass von injunctions zu beachten sind.³⁾ Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts blieb es bei dem Grundsatz, daß die Common Law Gerichte nur Schadensersatz zusprechen konnten, einstweiliger Rechtsschutz aber nur von den Equity Gerichten gewährt wurde. Bis dahin kann noch von einer identischen Rechtsentwicklung in England und Amerika ausgegangen werden, obwohl bereits mit den ersten englischen Siedlungen in Jamestown, Virginia im Jahre 1607 von dem Beginn amerikanischer Rechtsgeschichte gesprochen werden kann.⁴⁾

III. Die Kolonialisierung Amerikas

In der Kolonialzeit galt englisches Recht, ergänzt durch koloniale, auf lokale Umstände zugeschnittene Gesetzgebung.⁵⁾ Wie das Common Law, so wurde auch das Equity Recht in den USA teils durch Rechtsprechung, teils durch Gesetz ausdrücklich rezipiert.

IV. Die Vereinigung von Common Law und Equity

Wie in England, so führte auch in den USA die Entwicklung zu einer Verschmelzung der Normenkomplexe von Equity und Common Law. Den Anfang machte New York im Jahre 1848 mit der Einführung des "Field Code of Civil Procedure", der die einheitliche Zivilklage einführte.⁶⁾ Im Verfahren vor den Bundesgerichten wurden Law und Equity erst im Jahre 1938 vereinigt.

1) Maitland S. 9 f; Cf. Ellermann Lines v. Reach (1928) 2 K B 144

2) Holdsworth, I S. 465

3) Kerr S. 19

4) Hay S. 1

5) Hay S. 1

6) Fleming S. 16

Da sich jedoch das verfassungsmässig garantierte Recht auf Jury Trial nur auf die "legal" und nicht auf die "equitable" Fragen bezieht, wird die förmliche Trennung der Bereiche aufrechterhalten, wenngleich auch der Unterscheidung von Law und Equity allgemein keine grössere Bedeutung mehr bei der Klassifizierung des Rechtsstoffes eingeräumt wird.

Aus der Handhabung der interlocutory injunctions vor der Einführung des "Field Code of Civil Procedure" läßt sich entnehmen, daß es damals keine einheitlichen Regeln für ihre Anwendung gab, und daß die damals mit dem Erlaß einer interlocutory injunction verbundenen Probleme heute irrelevant sind, da sie hauptsächlich Zuständigkeitsstreitigkeiten der Gerichte zum Gegenstand hatten. Die Entscheidungen bringen nicht die Schwierigkeiten eines summarischen Verfahrens zum Ausdruck, als vielmehr die Unbeholfenheit der Equity Gerichte, Common Law Rechte zu schützen, da die Equity Gerichte mangels Zuständigkeit nicht in der Lage waren auch materiellrechtlich über das Bestehen der geltend gemachten Ansprüche zu befinden.¹⁾

V. Die Entwicklung zum modernen einstweiligen Rechtsschutz

Der "Field Code" wollte der Vielfalt der unterschiedlichsten Voraussetzungen, die an den Erlaß von interlocutory injunctions gestellt wurden, Einhalt gebieten. Er erlaubte den Erlaß von interlocutory injunctions nur, wenn davon ausgegangen werden konnte, daß der Kläger in der Hauptsache obsiegen und er für den Fall der Verweigerung einer vorläufigen Maßnahmen einen Schaden erleiden werde, oder wenn der Beklagte mit Gewalt die Rechte des Klägers verletzte und so das Gericht der Möglichkeit beraubte, effektiven und endgültigen Rechtsschutz zu gewähren.²⁾ Im Laufe der Zeit ergänzte die Rechtsprechung diese gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen mit dem Erfordernis, daß der dem Kläger drohende Schaden irreparabel sein müsse, und daß

1) Leubsdorf S. 531

2) Leubsdorf S. 538 Rdnr. 79: 1848 N.Y. Laws c. 379, § 192
1849 N.Y. Law c. 438 § 219

überdies zwischen den Parteien eine Interessenabwägung vorgenommen werden solle. Es gelang der Rechtssprechung nach und nach der früheren Tradition dadurch wieder Geltung zu verschaffen, daß dem richterlichen Ermessen, das sich an den Equity Prinzipien orientierte, mehr Gewicht zuerkannt wurde. So konnte also der Erlass einer interlocutory injunction auch für den Fall, daß alle gesetzlichen Voraussetzungen des "Field Code" erfüllt waren, abgelehnt werden.¹⁾

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes keine originäre, im Sinn einer naturrechtlichen, Befugnis ist, vielmehr die Equity Gerichte ausschliesslich durch Gesetze zum Erlaß von interlocutory injunctions berechtigt sind.²⁾

Im Recht des Staates New York ist daher der Erlass einstweiliger Verfügungen in den §§ 6301, 6311, 6312, 6313, 6314, 6315 und 6330 CPLR geregelt.³⁾ Die den Gerichten gesetzlich eingeräumte Befugnis, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, ist dadurch begrenzt, daß bestimmte gesetzlich festgelegte Voraussetzungen erfüllt sein müssen.⁴⁾ Diese Beschränkung wird jedoch dadurch erheblich abgemildert, daß es sich bei den Entscheidungen um Ermessensentscheidungen handelt. Daraus erklärt sich, daß die Anforderungen, die an den Erlass einstweiliger Verfügungen gestellt werden, in der Rechtsprechung trotz gesetzlicher Kodifikation nicht einheitlich sind.

1), 4 Brancroft's Code Practice and Remedies §§ 3431, 3434, 3451 - 3458 (1928)

7 AWeinstein, Korn, Miller §§ 6301.13

Leubsdorf S. 538 Rdnr.: 81; F. Hilliard S. 29 f; Hoffmann S. 142 - 315

2) In re Utica Teachers Ass'n, 1971, 325 NYS2d 587

Western New York Motor Linex, Inc. v. Rochester-Genesee Regional Transp. Authority, 1973, 340 NYS2d 252

3) Die §§ 6301, 6311 Abs. 1, 6312, 6313, 6314 CPLR sind im Auszug im Anhang auf Seite 138 aufgeführt.

4) Maspeth Branch Realty, Inc. v. Waldbaum, Inc. 1963, 244 NYS2d 632

2. Kapitel: Die verschiedenen Arten vorläufiger Rechtsbehelfe im Recht von New York

I. Grundsätzliche Gemeinsamkeiten der vorläufigen Rechtsbehelfe

Das Recht des Staates New York kennt fünf verschiedene Arten vorläufiger Rechtsbehelfe: Arrest, attachment, injunction, receiver-ship und notice of pendency. Diese vorläufigen Rechtsbehelfe stimmen darin überein, daß sie dem Kläger schon im Verlauf einer noch rechts-hängigen Klage bereits einen Teil dessen gewähren, was er mit der noch zu entscheidenden Klage zu erlangen sucht.

Diese Rechtsmittel sind insofern gefährlich, als sie dem Kläger Rechtsschutz gewähren, ohne daß zuvor ein mit allen Verfahrensgarantien ausgestattetes Zivilprozeßverfahren durchgeführt worden ist.

Der Erlaß vorläufiger Rechtsbehelfe ist zumeist dadurch gekennzeichnet, daß er dem Status quo während eines bereits rechts-hängigen Verfahrens erhalten soll, damit der Kläger für den Fall des Obsiegens in der Hauptsache nicht nur einen Pyrrus-Sieg davon trägt. So wird dem Kläger beispielsweise der Erlass eines Unterlassungsurteils wenig nutzen, wenn der Beklagte während der rechts-hängigen Klage, es zu unterlassen, das Haus des Klägers abzureißen, gleichwohl fortfährt Abbrucharbeiten durchzuführen.

Der Kläger muss zwischen dem ihm zur Verfügung stehenden verschiedenen vorläufigen Rechtsbehelfen einen auswählen. Die gleichzeitige Inanspruchnahme zweier unterschiedlicher Rechtsbehelfe bleibt wenigen Ausnahmen vorbehalten.¹⁾

Der United States Supreme Court, in diesem Fall stellvertretend für alle Gerichte aller Instanzen in den USA genannt, steht dem Erlaß vorläufiger Rechtsbehelfe skeptisch gegenüber.

1) Todd-Buick, Inc. v. Smith, 1922, 192 NYS 459, aff'd 194 NYS 985

Die Gerichte haben häufig den § 104 CPLR, ¹⁾ als auch die Empfehlung , die Prozeßordnung liberal auszulegen, ignoriert. So war man schon in dem Fall Penoyar v. Kelsey ²⁾ der Ansicht, daß bei der Entscheidung über den Erlaß einstweiliger Maßnahmen, die Interessen des Antragsgegners im Zweifel zu seinen Gunsten berücksichtigt werden sollten. ³⁾

Einstweilige Rechtsbehelfe sind, besonders wegen der verfahrensbedingten erhöhten Möglichkeit diese zu mißbrauchen, für den Beklagten gefährlich, so daß der Kläger grundsätzlich vor Erlaß der beantragten Maßnahme verpflichtet wird, Sicherheit für den Fall zu leisten, daß der einstweilige Rechtsbehelf zu Unrecht erlassen wurde und somit der Beklagte vor Schaden bewahrt werden soll.

II. Die Erscheinungsformen und der Anwendungsbereich der Interlocutory Injunction

Injunctions werden entsprechend ihrer zeitlichen Wirkung und Rechtskraft allgemein in endgültige (permanent injunctions) und in einstweilige Verfügungen (interlocutory injunctions) eingeteilt.

Die permanent injunction ist das Ergebnis eines ordentlichen Verfahrens mit umfassender Beweisaufnahme. ⁴⁾

Die interlocutory injunction ergeht auf der Grundlage eines abgekürzten Verfahrens und wird in zwei Unterfälle eingeteilt:

die preliminary bzw. temporary injunction, die nur nach vorheriger Anhörung des Beklagten erlassen wird und die temporary restraining order, die ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners gewährt wird. Dem Inhalt nach werden Verbots- (prohibitory injunctions) und Leistungsverfügungen (mandatory injunctions) unterschieden. Die prohibitory injunction erfüllt eine Präventivfunktion, denn mit ihr wird die Begehung schädigender Handlungen untersagt.

1) Wortlaut von § 104 CPLR: "The civil practice law and rule shall be liberally construed to secure the just, speedy and inexpensive determination of every civil judicial proceeding".

2) Penoyar v. Kelsey, 1896, 150 N.Y. 77, 80; 44 N.E. 788 f

3) Siegel v. Northern Boulevard & 80 th Street Corp., 1968
295 NYS2d 804

4) Dobbs S. 106

Hingegen ist es Zweck einer mandantory injunction, einen einmal vorhandenen Zustand wiederherzustellen.¹⁾ Beide Verfügungsarten, die nur ihrem Inhalt, nicht aber ihrem Wortlaut nach unterschieden werden sollten, dienen dem Zweck den Status quo bis zur Hauptsache zu erhalten.²⁾

1. Mandantory und Prohibitory Injunctions

a) Die rechtshistorische Entwicklung der Mandantory Injunction

Die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutz in der Form von Leistungsverfügungen zu gewähren, ist in der Rechtssprechung des Court of Chancery bereits früh entdeckt worden. Lord Hardwick ordnete in dem Fall East India Co. v. Vincent,³⁾ in dem der Beklagte durch Errichtung einer Mauer gegen das nachbarrechtliche Verbot des Lichtentzuges verstossen hatte an, daß die Mauer abgerissen werden müsse. Eine solche Entscheidung wurde dann erneut in dem Fall Ryder v. Bentham⁴⁾ getroffen. Gewöhnlich waren die Gerichte bei der Gewährung von Leistungsverfügungen, selbst wenn beide Parteien zuvor gehört worden waren, immer sehr zurückhaltend.⁵⁾ Es wurde von den Gerichten der Chancery befürchtet, daß sie nicht in der Lage seien, Leistungsverfügungen zu vollstrecken, und daß daher die Würde der Chancery, gerade im Bereich der Auseinandersetzungen mit den Law Courts zu leiden hätte.⁶⁾

1) Dobbyn S. 163

2) Dobbs S. 110
Note 73 Harvard Law Review S. 335

3) Note XIV (1916) Columbia Law Review 603 ; East India Co. v. Vincent (1740) 2 A u. K

4) Note XIV Columbia Law Review S.603; Ryder v. Bentham (1750) 1. Ves. Sr.

5) Note 73, Harvard Law Review S. 334 f; Bonaparte v. Camden 5 A.Ry., 3 Fed.Cas. 821,827 (No. 1617) CCCD N.Y. 1830

6) Pound S. 420, 434

Ursprünglich weigerten sich daher die Chancellors grundsätzlich, Leistungsverfügungen zu erlassen.¹⁾ gingen jedoch schliesslich dazu über, das Ergebnis einer Leistungsverfügung dadurch zu erreichen, daß sie ihre Urteile in der Form doppelter Verneinungen abfassten.²⁾

b) Der heutige Anwendungsbereich der Mandatory Injunctions
und die Gründe für ihren zurückhaltenden Erlaß

Verfolgt man die Rechtssprechung bis in die jüngste Zeit³⁾, so wird man feststellen, daß die Gerichte die Zulässigkeit von mandatory injunctions zwar grundsätzlich anerkennen, bei der Gewährung von Leistungsverfügungen jedoch noch immer grosse Zurückhaltung üben.⁴⁾ So wird in diesen Entscheidungen ausgeführt, daß Leistungsverfügungen nur auf Grund aussergewöhnlicher Umstände erlassen werden sollten. Sucht man nach einer Begründung für diese Zurückhaltung, so wird man feststellen, daß ein Grund weder in der Form, dem Wortlaut, noch in dem Ziel, das mit den einstweiligen Verfügungen erreicht werden soll, zu finden ist.

1) Note XIV Columbia Law Review S. 603

Note 73 Harvard Law Review S. 335; Smith v. Smith
L.R. 20 Eq. 500 (C.A. 1875)

2) Note XIV Columbia Law Review S.603 : "...the device was first used by Lord Eldon in Lane v. Newdigate, 10 V Ves. Jr. 192, 32 Eng.Rep.818 (Ch. 1804), in an order enjoining a defendant from obstructing a plaintiff's navigation of a canal by failing to keep its locks in good repair."

3) Pilzer v. Trade Union Service, 1950, 96 NYS2d 377
Opatoshu v. Concord Properties Inc., 1963, 237 NYS2d 545
Powlowski v. Wullich, 1975, 366 NYS2d 584

4) Courtland S. 279

aa) Form und Wortlaut der Mandatory Injunction

Form und Wortlaut einer mandatory injunction sind selten wichtig, da eine einstweilige Verfügung in Form einer Unterlassungsverfügung gleichwohl den Wortlaut einer Leistungsverfügung haben kann.¹⁾ Wenn beispielsweise dem Beklagten auferlegt wird, es zu unterlassen, den mit dem Kläger geschlossenen Vertrag zu brechen, so wird dieser auf diesem Wege gezwungen, den Vertrag ordnungsgemäss durchzuführen.

Etwas anderes kann auch nicht aus dem Wortlaut des § 630i CPLR gefolgert werden, der sich bei enger Auslegung nur auf den Fall der Unterlassungsverfügung bezieht. ("...restraining ... the commission or continuance from an act"). Gesetzesauslegungen sollten sich nicht auf Wortklaubereien und Spitzfindigkeiten beschränken, sondern sich an der jeweiligen rechtlichen Angemessenheit orientieren. Bei der Abgrenzung der Leistungs- von der Unterlassungsverfügung muss immer berücksichtigt werden, daß der Sinn jeder Leistungsverfügung auch mit dem Wortlaut einer Unterlassungsverfügung erreicht werden kann, wie sich anhand des Beispiels, "turn on the gas" oder "stop turning off the gas" belegen lässt.

bb) Die Fähigkeit zur Erhaltung des Status quo

Die Zurückhaltung bei der Gewährung von mandantory injunctions kann auch nicht damit begründet werden, daß der Zweck der einstweiligen Verfügung, der in der Erhaltung des Status quo bis zur Hauptsachenverhandlung zu sehen ist, mit Hilfe von Leistungsverfügungen nicht erreicht werden könne.³⁾ Es gibt nicht nur Fälle, in denen der Status quo durch Unterlassen erhalten werden kann, sondern auch solche, in denen nur ein positives Handeln den Status quo sichert, denn gerade das

1) Bachmann v. Harrington, 1906, 184 NY 458

2) Dobbs S. 105

3) Note 73 Harvard Law Review S. 335

Unterlassen kann zum Eintritt irreparablen Schadens führen.¹⁾

Es muss dann im Rahmen der Leistungsverfügung der Zustand hergestellt werden, wie er unmittelbar kurz vor dem streitigen Unterlassen bestand.²⁾

cc) Probleme der Interessenabwägung

Gegen den Erlaß einer Leistungsverfügung wird oft damit argumentiert, daß das Interesse des Klägers an dem Erlaß zu dem dem Beklagten daraus folgenden Schaden außer jeglichen Verhältnisses stehe.³⁾ Der Abbruch eines Gebäudes oder Dammes beispielsweise, der das Eigentum des Klägers stört, ist zwar die geeignetste Maßnahme zur Erhaltung des Status quo, gleichwohl aber unter gewissen Umständen ein zu extremes Mittel.⁴⁾

Dann scheitert jedoch der Erlaß einer Leistungsverfügung nicht an seiner angeblichen prinzipiellen Ungeeignetheit, den jeweiligen Status quo zu erhalten, sondern vielmehr an einer Interessenabwägung.

dd) Probleme der Vollstreckbarkeit

Der eigentliche Grund für die Zurückhaltung der Gerichte bei der Gewährung von Leistungsverfügungen muss darin gesehen

- 1) *Graham v. Board of Sup'rs, Erie County* 1966, 267 NYS2d 383: "Court has the power to issue mandantory injunction where it is necessary to preserve the status quo or to prevent irreparable injury to plaintiff. Where the status quo is conditioned not of rest, but of action, and condition of rest is exactly what will inflict irreparable injury upon complainant which appeals to a court of equity to protect him from, court of equity can issue mandatory writ of injunction before case is heard on its merits."
- 2) *Fein v. Security Banknote Co.*, 157 F.Supp. 146 (S.D.N.Y. 1957): "Status quo is the last actual peaceable, noncontested status of the parties to the controversy".
- 3) *Selchow & Richter Co. v. Western Printing & Lithographing & Co.* 112 F.2d 430 (7th Circ. 1940).
- 4) *Dallas Hunting & Fishing Club v. Dallas County Bois D'Arc Island Levee Dist.*, 235 S.W. 607 (Tex.Civ.App. 1921)

werden, daß diese schwieriger zu vollstrecken sind als Unterlassungsverfügungen. Wenn sich die Vollstreckung schwieriger gestaltet und das gleiche Ergebnis auch mit einer Unterlassungsverfügung erreicht werden kann, dann werden letztere den Leistungsverfügungen vorgezogen.

Ein weiterer Grund für die Bevorzugung von Unterlassungsverfügungen kann darin gesehen werden, daß im Falle einer Rechtsmitteleinlegung ihre Zwangsvollstreckung nicht eingestellt wird, wohingegen bei der Leistungsverfügung eine solche Einstellung automatisch erfolgt. Hat das Gericht eine Leistungsverfügung erlassen, so hat die Rechtsmitteleinlegung des Beklagten für diesen Fall zur Folge, daß er ab dem Zeitpunkt der wirksamen Rechtsmitteleinlegung nicht mehr verpflichtet ist, sich gem. der Leistungsverfügung zu verhalten.¹⁾

Dieser prozessuale Unterschied wird vor allem dann zum Problem, wenn der Form nach eine Unterlassungsverfügung, dem Inhalt nach aber eine Leistungsverfügung vorliegt. In dem Fall *Paramount Pictures Corp. v. Davis*²⁾ war es Miss Bette Davis untersagt worden, für irgendeine andere Gesellschaft als Paramount zu arbeiten, da dies einen Verstoß gegen den Vertrag mit Paramount darstellen würde. Miss Bette Davis beantragte die Aussetzung der Vollstreckung, solange nicht über ihre Berufung entschieden sei. Das Gericht war der Auffassung, daß die Verfügung, obgleich der Form nach eine Unterlassungsverfügung dem Zweck und der Wirkung nach eine Leistungsverfügung war, denn durch sie würde Miss Davis gezwungen, für Paramount zu arbeiten und nicht nur bloß das Arbeiten für andere Gesellschaften aufzugeben. Folglich entschied das Gericht, daß die Vollstreckung der Leistungsverfügung bis zum Zeitpunkt der Berufsentscheidung auszusetzen sei.

1) Dobbys S. 168

2) *Paramount Pictures Corp. v. Davis*, 228 Cal.App. 2d 827, 39 Cal.Rptr. 791 (1964)

Die Entscheidung des Gerichts war nicht einstimmig gefällt worden. Ein Richter vertrat die Auffassung, daß die gegen Betty Davis erlassene einstweilige Verfügung gemäß ihrem Wortlaut als prohibitory injunction zu qualifizieren sei.

Sofern in Rechtsstreitigkeiten die Rechtsnatur einer interlocutory injunction fraglich ist, diese also als prohibitory oder mandatory injunction qualifiziert werden muss, kommen die Richter fast ausschliesslich zu uneinheitlichen Ergebnissen. Daraus entsteht für den Beklagten eine große Rechtsunsicherheit, da er im Fall einer Rechtsmitteleinlegung nie sicher weiß, ob er sich nun gemäß der einstweiligen Verfügung verhalten muß, oder ob deren Vollstreckbarkeit automatisch mit Berufungseinlegung ausgesetzt wurde.¹⁾

Die Unterscheidung von prohibitory und mandatory injunctions spielt auch im Bereich richterlichen Ermessens eine nicht zu unterschätzende Rolle. Zwar gilt der Grundsatz, daß jegliche Rechtsschutzgewährung in Equity richterlichem Ermessen unterliegt²⁾, das Ermessen bei Erlass einer mandatory injunction³⁾ erscheint jedoch ungebundener, was darauf zurückzuführen ist, daß im Bereich der prohibitory injunctions durch die zahlreichen Präzedenzfälle eine stärkere Ermessensbindung eingetreten ist.

c) Der gewöhnliche Anwendungsbereich für Mandatory Injunctions

Mandatory injunctions werden zumeist erlassen, um Störungen und Rechtsverletzungen, Beeinträchtigungen von Dienstbarkeiten oder öffentlichen Strassen zu beseitigen. Der Erlass von mandatory injunctions wird auch dann begehrt, wenn die Beseitigung mangelhafter Bauwerke, wie Dämme, Landungsbrücken oder andere für die Öffentlichkeit gefährliche Bauwerke erreicht werden soll.

Mandatory injunctions werden überdies dann erlassen, wenn der Beklagte gegen eine temporary prohibitory injunction verstossen hat, um so den Status quo wieder herzustellen.⁴⁾

1) Dobbyn S. 170

2) Hanbury S. 64
Keeton S. 97

3) Opatoshu v. Concord Properties Inc., 1963, 237 NYS2d 545

4) American Jurisprudence 2 ed. Vol. 40 §22 S.75

Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; vielmehr soll mit ihr nur die in der Praxis häufigsten Anwendungsfälle aufgezeigt werden.

2. Die Preliminary Injunction

a) Übersicht der näheren Voraussetzungen des Erlasses von Preliminary Injunctions

Die materiellen und prozessualen Voraussetzungen der preliminary injunction sind in §§ 6301 , 6311 und 6312 CPLR geregelt.

§ 6301 CPLR folgt im wesentlichen den bereits im Civil Practice Act festgelegten Grundsätzen.

Preliminary injunctions können bei Vorliegen folgender Umstände erlassen werden:

- Wenn der Beklagte durch sein Verhalten droht die Rechte, die Streitgegenstand der Hauptsacheklage sind, zu vernichten oder beiseite zu schaffen. Es handelt sich dabei zumeist um drohende Eigentumsbeeinträchtigungen.
- Wenn der Beklagte während einer bereits anhängigen Unterlassungsklage droht, genau die Handlung zu begehen, deren Vornahme der Kläger mit der anhängigen Unterlassungsklage zu verhindert sucht, so daß der Kläger, selbst für den Fall, daß er in der Hauptsache obsiegt, damit nur einen Pyrrus -Sieg davontrüge .

Der 1. Halbsatz des § 6301 CPLR bezieht sich nicht auf eine bestimmte Klageart in der Hauptsache. Es können in der Hauptsache nicht nur Equity- Klagen, sondern auch Klagen "at law" anhängig sein. ¹⁾ Der 2. Halbsatz von § 6301 CPLR regelt den Fall, daß in der Hauptsache eine Equity-Klage mit dem Ziel eines Unterlassungsurteils anhängig ist. (permanent injunction) ²⁾

In der Praxis wird von der Antragsmöglichkeit nach § 6301 , Halbsatz 2, CPLR häufiger Gebrauch gemacht als von § 6301, Halbsatz 1 CPLR. ³⁾

1) Wachtell S. 277

2) Wachtell S. 277

3) Siegel S. 397

Der Erlaß der einstweiligen Verfügung sichert bzw. gewährt dem Kläger den Rechtsschutz, den er mit der Hauptsacheklage zu erlangen sucht. Da der Erlaß einer preliminary injunction für den Beklagten einen drastischen Eingriff in seine Rechte bedeuten kann, werden an den Erlaß der Maßnahme drei Voraussetzungen gestellt: ¹⁾

- (1) Der Kläger muss darlegen, daß sein Sieg in der Hauptsache wahrscheinlich ist (probability or likelihood of ultimate success).
 - (2) Er muß weiterhin dartun, daß er ohne den Erlaß der Maßnahme irreparabel geschädigt würde. (irreparable injury)
 - (3) Der Kläger muß glaubhaft machen, daß seine Schäden, die ihm aus dem Nichterlass der Maßnahme entstünden, diejenigen überwiegen, die den Beklagten durch den Erlaß der Maßnahme erwachsen. (balance of equity tips towards petitioner)
- Schließlich wird das Gericht bei dieser Abwägung berücksichtigen, ob durch die Entscheidung öffentliche Interessen gefördert oder beeinträchtigt werden. ²⁾

Mit der preliminary injunction kann nur das gesichert werden, was später bzw. gleichzeitig Gegenstand der Hauptsacheklage ist. ³⁾ Das soll mit folgendem Fall belegt werden:

Der Kläger hatte eine Klage eingereicht, mit der er Schadensersatz dafür verlangte, daß der Beklagte ihn zum Unterschreiben eines Wechsels durch Täuschung gebracht hatte. Gleichzeitig begehrte der Kläger, daß dem Beklagten im Wege einer preliminary injunction untersagt werde, bis zum Abschluß des rechtshängigen Hauptsacheverfahrens über den Wechsel zu verfügen. Das Gericht lehnte den Erlaß der einstweiligen Verfügung mit der Begründung ab, daß der Kläger in der Hauptsache nicht die Aufhebung des Wechsels begehre, sondern nur Schadensersatz, er dadurch also die Rechtswirksamkeit des Wechsels quasi rückwirkend anerkenne.

1) Dobbyn S. 158 ff

Dobbs S. 108 ff

Wright & Miller §§ 2947 - 2948

2) Michael Ildogoster v. Mikhail Krassnermann, 463 NY2d 1019 (1983)

3) Wachtell S. 2-7

Da es dem Kläger in der Hauptsache nicht darum gehe, den Wechsel für ungültig erklären zu lassen, mit der Folge daß dann der Beklagte auch nicht mehr über ihn verfügen dürfe, kann der Kläger die Sicherstellung eines solchen Anspruchs im Rahmen einer preliminary injunction auch nicht verlangen.¹⁾

b) Die Darlegung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges des Antragstellers

Es ist Aufgabe des Klägers, das Bestehen seines Hauptsacheanspruches schlüssig zu begründen und glaubhaft zu machen. Unterlässt der Kläger diesbezügliche Darlegungen so wird eine preliminary injunction nicht erlassen²⁾. Die Darlegung der Sach- und Rechtslage muss dergestalt sein, daß ein Sieg des Klägers im Hauptsacheverfahren zu erwarten ist.

aa) Die unterschiedliche Handhabung des Kriteriums "Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges"

Die Ansichten der New Yorker Gerichte, wie wahrscheinlich ein Hauptsachesieg des Klägers sein muss, gehen auseinander. Manche Gerichte verlangen, daß der Hauptsacheanspruch nicht zweifelhaft sein darf.³⁾ So heisst es beispielsweise in diesen Entscheidungen: "Temporary injunctions should not be granted, where right to ultimate relief sought in action is doubtful."⁴⁾

In anderen Entscheidungen wird ein ähnlicher, aber strengerer Maßstab angelegt und verlangt, daß der Antragsteller "establish a clear legal right".⁵⁾

1) Babho Realty Co., Inc., v. Feffer, 1930, 245 NYS118f

2) American Cynamid Co. v. Public Service Commission, 1980 431 NYS2d 336

3) Rosenberg und Weinstein S. 1241

4) Board of Fire Com'rs, Fire Dist.No. 2 v. Windmill Farm Water Works Corp. 1962, 225 NYS2d 801
Begleiter v. Moreland, 1961, 225 NYS2d 577
Eldre Components . Inc., v. Kliman, 1965, 262 NYS2d 732

5) Village of Mamaroneck v. Lichtie, 1947, 72 NYS2d 686
Bookcase, Inc. v. Broderick, 1965, 267 NYS2d 410
Erie County, 1966, 267, NYS2d 383

Überwiegend formulieren die Gerichte jedoch wie folgt:

"Prerequisites for issuance of a temporary injunction are the likelihood of ultimate success on the merits..."¹⁾

Andererseits gibt es auch Gerichte, die bereits ein viel geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit ausreichen lassen. Sie verlangen nur:

"...there exists a reasonable probability of ultimate success..."²⁾
oder aber: "...no showing of a certainty of success; ...enough ...prima facie showing of his right to relief..."³⁾

Feste Regeln lassen sich nicht aufstellen, allenfalls können Tendenzen festgestellt werden. Der Annahme fester Regeln steht auch entgegen, daß die Gerichte immer wieder betonen, daß der Erlaß von einstweiligen Verfügungen in ihrem Ermessen liegt.⁴⁾ Das Ermessen der Gerichte geht jedoch nicht so weit, daß sie auch dann einstweilige Verfügungen erlassen könnten, wenn es dem Kläger nicht gelungen ist, das Bestehen eines Anspruches glaubhaft zu machen.⁵⁾

Der Vortrag des Klägers muss in tatsächlicher Hinsicht schlüssig und in rechtlicher Hinsicht unstreitig sein.⁶⁾

1) Carreer Placements of White Plains, Inc., v. Vans, 1974, 354 NYS2d 764
Lily Pond Lane Corp. v. Technicolor, Inc. 1979, 414 NYS2d 596

2) Bond Stores v. Warbridge Bldg.Co., 1945, 58 NYS2d 13
O'Brien v. Barnes Bldg.Co.Inc., 1974, 380 NYS2d 405
affirmed 372 NYS2d 992

3) Tucker v. Toia, 1976, 388, NYS2d 475
"Prima facie case" bedeutet, daß der Kläger seinen Standpunkt soweit ausführen muss, daß er auf den ersten Anschein hin beim Gericht glaubhaft wirkt, vgl. Schurtmann/Walter S. 74

4) Walsh v. New York State Liquor Authority 1965, 257 NYS2d 971
affirmed 259, NAY2d 491
James v. Board of Ed. of City of New York 1977, 397 NYS2d 934

5) Damon Creations, Inc., v. James Talcott, Inc. 1972, 332 NYS2d 180

6) Guggenheimer v. Ginzburg 1976, 384 NYS2d 162
Camardo v. Board of Ed. of City School Dist., 1975, 367 NYS2d 344

Der Kläger muss das Bestehen seines materiellen Hauptsacheanspruchs und somit die Wahrscheinlichkeit seines Hauptsachesieges glaubhaft machen.¹⁾ Ist der Vortrag des Klägers nicht schlüssig, so wird zu Gunsten des Beklagten vermutet, daß sein Verhalten rechtmässig ist.²⁾

Der Erlaß einer preliminary injunction kann für den Beklagten einen drastischen Eingriff in seine Rechte bedeuten,³⁾ so daß die Gerichte den Erlaß von preliminary injunctions dann ablehnen, wenn der schlüssige Vortrag des Beklagten dem schlüssigen Vortrag des Klägers in entscheidungserheblichen Punkten widerspricht⁴⁾ und der Richter den Streitpunkt wegen des Erfordernisses eines "Jury Trial Verfahrens" nicht allein entscheiden kann.⁵⁾ Der Vortrag des Beklagten muß jedoch die glaubhafte Einlassung des Klägers erschüttern. Bloßes Bestreiten wird nicht dazu führen, daß das Gericht den Erlaß einer preliminary injunction ablehnen wird.⁶⁾ Sofern der Beklagte keine gegenteiligen Tatsachen vorträgt, wird der Vortrag des Klägers als wahr unterstellt.⁷⁾

bb) Entscheidung ohne Vorausprüfung

Es wird aber auch vereinzelt, wenn auch nicht vom Supreme Court New York, die Ansicht vertreten, daß bei der Entscheidung über den Erlaß einstweiliger Verfügungen die Prüfung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges außer Betracht bleiben könne.⁸⁾

-
- 1) Quandt's Wholesale Distributors, Inc. v. Giardino, 1982,448 NYS2d 809: "On motion for preliminary injunction movant must first demonstrate likelihood of success on merits"
 - 2) Avien, Inc., v. Weiss 1966, 269 NYS2d 836
 - 3) Brand v. Bartlett 1976, 383, NYS2d 668
City of Buffalo v. Mangan, 1975, 370 NYS2d 771
 - 4) Cohen v. Queensborough Farm Products, 1951, 104 NYS2d 557
 - 5) Bayview General Hospital v. Associated Hospital Service of New York 1964, 256 NYS2d 471
 - 6) American Jurisprudence 2 ed. Vol. 42 § 28 S. 764
 - 7) Beach v. Queen County Jockey Club, 1937, 298 NYS2d 777
 - 8) Criminis v. American Stock Exchange Inc., 346 F Supp. 1256 (S.D.N.Y. 1972)

Ausgangspunkt für diese Entscheidung ist der Fall *Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.*,¹¹⁾ in dem entschieden wurde, daß der Hauptsacheieso dann nicht zweifelsfrei feststehen müsse, wenn die Interessen des Klägers die des Beklagten eindeutig überwögen.

In der Entscheidung *Semmes Motors Inc. v. Ford Motor Co.*¹²⁾ ging das Gericht darüberhinaus davon aus, daß die Erörterung der Frage der Wahrscheinlichkeit eines Sieges des Klägers in der Hauptsache gänzlich dahingestellt bleiben könne, wenn die Nachteile, die dem Kläger durch eine Abweisung des Antrages entstünden die Nachteile für den Beklagten durch den Erlaß der einstweiligen Verfügung erheblich überwiegen würden. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Semmes Motors Inc., ein Ford-Händler hatte von Ford mehrfach Ersatz für Reparaturen verlangt, die angeblich von der Fahrzeuggarantie abgedeckt waren und damit in Ford's Risiko gefallen wären. Ford schenkte Verdacht und setzte sich mit den Kunden in Verbindung, und fand angeblich heraus, daß 253 Ersatzbegehren in einer Garantiehöhe von 10.440 Dollars nicht in Ordnung waren. Als *Semmes* erfuhr, daß Ford weitere Kundeninterviews durchführte, reichte er dagegen Unterlassungsklage ein und stellte überdies einen Antrag auf Erlaß einer *temporary restraining order*. Daraufhin kündigte Ford den Händlervertrag. *Master Automobiles Semmes* den Erlaß einer *preliminary injunction*, die der District Court erließ. Das Gericht nahm zunächst eine Interessenabwägung nach der "balance of hardships" vor und kam zu dem Ergebnis, daß die Interessen von *Semmes* an der Fortführung des Geschäftes sehr hoch zu bewerten seien. Zwar sei Ford finanzkräftig genug, jeden Schaden zu ersetzen, aber das Interesse von *Semmes* sei nicht rein finanzieller Art. Er wolle Autos verkaufen und nicht von den Einsen einer Schadensersatzzahlung leben. Der Schaden, den Ford durch die Fortsetzung des Geschäftes bis zum Ausgang des Verfahrens erleide, sei dagegen relativ gering. Ford trage nicht vor, daß die Vertretung durch *Semmes* schlecht sei; die fehlerhaften Erstattungsbeiträge seien erheblich zurückgegangen.

11) *Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.*, 206 F.2d 738 (2d Circ.1953)

12) *Semmes Motors Inc., v. Ford Motor Co.*, 429 F.2d, 1197 (2d Circ. 1970)

Der Einwand Ford's , die Firma werde dadurch irreparabel geschädigt, daß sie in einem wichtigen Gebiet durch einen Händler vertreten werde, der sich als nicht vertrauenswürdig erwiesen habe, hielt das Gericht nicht für Überzeugend, da über die Vertrauenswürdigkeit von Semmes ja gerade gestritten werde. Es kam daher zu dem Schluß, daß die Nachteile für Semmes bei Abweisung des Antrages die von Ford bei Erlaß der Maßnahme erheblich überwiegen würden. Bei einer solchen Ungleichheit der Interessen könne der Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht davon abhängen, ob Semmes' Sieg in der Hauptsache wahrscheinlich sei. Es sei nur nötig, daß Fragen zur Klärung anstünden, die so schwierig und zweifelhaft seien, daß eine eingehende Erörterung im Hauptverfahren erforderlich sei .

Aus dieser Entscheidung wird die Schlußfolgerung gezogen, daß die Bedeutung der Voraussage des Ausganges des Hauptverfahrens in dem Maße abnehme, wie der dem Kläger drohende Nachteil zunehme, wobei dies sogar soweit gehen könne, daß auf die Erörterung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges völlig verzichtet werden könne.¹⁾

Durch die Reduzierung bzw. den Verzicht der Hauptsacheprüfung sei es gelungen, die eigentliche Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes wieder herzustellen , d.h. die Rechte der Parteien solange zu erhalten bis über diese im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens entschieden werden könne. Dadurch würde dem Kläger die für ihn unzumutbare Last, in einem abgekürzten Verfahren seine materielle Berechtigung mit nahezu der gleichen Wahrscheinlichkeit wie im Hauptsacheverfahren darzulegen, genommen.²⁾

Auf eine Hauptsacheprognose als Erlaßvoraussetzung könne auch schon deshalb verzichtet werden, weil deren rechtlicher Aussagewert zweifelhaft sei, da sie ohne vorheriges "full hearing" vorgenommen werde.³⁾

Gegen den Verzicht auf eine Überprüfung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges spricht jedoch, daß im einstweiligen Rechtsschutzverfahren der Antragsgegner gerade vor den Schwächen eines abgekürzten Verfahrens

1) Note 71 Columbia Law Review, 165 (1971)

Note 78 Harvard Law Review 994 , 1056

American Hospital Association v. Harris (1979 NDIII) 477 FSupp 665

2) Note 71 Columbia Law Review 165, 170

3) Leubsdorf S. 533

besonders eines solchen, das sich auf eine reine Interessenabwägung beschränkt, geschützt werden soll. Die Gefahr einer nicht korrekten Interessenabwägung ist der Schlüssel zur Analyse der Problemlage.¹⁾ Eine kombinierte Anwendung von Interessenabwägung und der Vorhersage der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges soll die Gefahr unrichtiger Entscheidungen vermindern. Es sind beispielsweise Fälle denkbar, in denen der dem Kläger aus der Versagung der einstweiligen Verfügung drohende Schaden, dem Schaden des Beklagten aus dem Erlaß der Verfügung entspricht. Spätestens dann wird ein zusätzliches Abwägungskriterium erforderlich. Es wird auch versucht, das Erfordernis kumulativer Anwendung von Hauptsacheprognose und Interessenabwägung mathematisch zu begründen:

Unterstellt man den Fall, daß ein Hauptsacheverfahren anhängig ist, das vor Ablauf von 5 Monaten nicht beendet sein wird und bei dem der Beklagte 100 Dollar und der Kläger 160 Dollar im Einsatz haben. Obwohl der Schaden kalkulierbar ist, ist er gleichwohl irreparabel, da der Kläger kein pfändbares Vermögen hat, und der Beklagte bis zum Ablauf der Hauptsacheklage noch staatshoheitliche Immunität genießt.²⁾ Das Gericht schätzt die Erfolgsaussichten des Klägers im Hauptsache-streit auf 30% und die des Beklagten auf 70%. Setzt man den drohenden irreparablen Schaden und die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zueinander in Verhältnis, kommt man zu dem Ergebnis, daß dem Kläger für den Fall des Nichterlasses der begehrten Maßnahme ein Verlust in Höhe von 48 Dollar und dem Beklagten für den Fall des Verfügungserlasses ein Verlust in Höhe von 70 Dollar entsteht. Mit diesem Gedankenmodell soll gezeigt werden, daß die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache dazu führt, daß dem Beklagten, trotz höheren finanziellen Einsatzes des Klägers, der grössere Schaden droht. Die mathematische Berechnung ist keine unbedingt praktikable Methode, vielmehr soll mit ihr nur aufgezeigt werden, daß weder die Prognose der Erfolgsaussichten allein, noch die Interessenabwägung allein den Erlaß einer preliminary injunction rechtfertigen könne.³⁾

1) Leubsdorf S. 541

2) Edelmann v. Jordan, 415 US 651 (1974)

3) Leubsdorf S. 543

Der Erlaß einstweiliger Verfügungen ohne Überprüfung der Erfolgsaussichten des Hauptsacheanspruches birgt das Risiko der Ungerechtigkeit, denn dadurch wird es einem unredlichen Kläger, der gegen den Beklagten keine Rechte hat, in der gleichen Weise wie einem redlichen berechtigten Kläger möglich, den Erlaß einer preliminary injunction zu erreichen.¹⁾ Eine Überprüfung der Begründetheit und eine Vorhersage des Ausgangs des Hauptsacheverfahrens hat überdies den praktischen und erfreulichen Nebeneffekt, daß dadurch die Parteien bereits in diesem Verfahrensstadium zum Abschluß von Vergleichen angeregt werden.²⁾ Gegen die Vornahme einer Hauptsacheprognose wird vorgebracht, daß eine Wahrscheinlichkeitsprüfung zu unsicher sei. Dagegen läßt sich einwenden, daß die Gerichte im ordentlichen Verfahren ihre Urteile auch nicht ausschliesslich auf Gewißheiten stützen, sondern auch hier mit den Begriffen "wahrscheinlich und nichts Gegenteiliges erklärt oder bewiesen" operieren.³⁾ Der einfachste Weg, Unsicherheiten in der Entscheidungsfindung abzumildern, ist die Anberaumung eines "hearings".⁴⁾

Auch die Angst vor einer Bindung des Gerichts an seine Entscheidung im Sinne der Vorwegnahme der Hauptsache ist kein Argument, denn auch eine intuitive Einschätzung kann de facto eine Bindung hervorrufen. Außerdem stehen im Hauptsacheverfahren völlig neue Beweismittel zur Verfügung, womit sich dann das Gericht neue Einsichten verschaffen kann. Überdies ließe sich dieses Problem auch dadurch lösen, daß man einen anderen Richter für die Entscheidung in der Hauptsache für zuständig erklärt.⁵⁾ Die Ansicht, auf eine Überprüfung der materiellen Berechtigung vollkommen zu verzichten und sich statt dessen

1) Wilson, 125 New L.J. 302, 1975

2) Leubsdorf S. 547

3) Lempert 75 Mich. Law Review 1021 (1977)

4) McLeod v. General Electric Co. 366 F2d 847(2d Circ. 1966)

5) Leubsdorf S. 547: " Das Ziel ein richterliches Vorurteil zu verhindern, rechtfertigte es nicht, den in der Hauptsacheprognose liegenden Vorteil zu opfern."

auf eine Interessenabwägung zu beschränken, konnte sich bisher noch nicht durchsetzen. Nur durch eine Hauptsacherrückende könnte verhindert werden, daß Eilmaßnahmeentscheidungen getroffen würden, die Schaden verursachten.¹⁾

c) Irreparable harm to the petitioner

Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes setzt weiterhin die Darlegung des Klägers voraus, daß er ohne Eingreifen des Gerichts einen nicht wieder gutzumachenden Schaden erleiden würde. (Irreparable damage). Dem Kläger trifft für die Gesamtumstände die Darlegungs- und Beweislast.²⁾

aa) Der historische Entstehungsgrund

Die Voraussetzung eines drohenden, unabwendbaren Schadenseintritts geht auf die Subsidiarität der Equity Rechtsbehelfe, bedingt durch die Unterteilung in Common Law und Equity, zurück. Wenn also das Recht, das mit einer interlocutory injunction geschützt werden sollte, ein "right at law" war und dieses gefährdete Recht für den Fall seiner Verletzung mit der Gewährung von Schadensersatz ausgeglichen werden konnte, dann durfte die drohende Rechtsverletzung nicht mit Hilfe von interlocutory injunctions verhindert werden. Das Erfordernis eines irreparablen Schadens war somit die Folge der unterschiedlichen Zuständigkeit von Court und Chancery. In die Zuständigkeit des Court sollte nur eingegriffen werden, falls dieser keinen ausreichenden Rechtsschutz gewähren konnte.³⁾

bb) Die dogmatische Einordnung

Heute erfüllt die Voraussetzung des irreparablen Schadens nicht mehr die Funktion der Zuständigkeitsabgrenzung von Court und Chancery, vielmehr

1) Leubsdorf S. 565

2) Quandt's Wholesale Distributors, Inc., v. Giardino 1982, 448 NYS2d 809
Wallstreet Transcript Corp., v. 343 East 42nd Street Holdin. Corp., 1981
439 NYS2d 23
Lowe v. Reynolds, 1980, 428 NYS2d 358

3) Stoll S. 159
Leubsdorf S. 880

soll mit ihr das Vorliegen des Rechtsschutzinteresses bzw. des Verfügungsgrundes abgeklärt werden. Zu diesem Zweck werden das einstweilige Verfügungsverfahren und das ordentliche Verfahren einander gegenübergestellt.¹⁾ Die Gerichte überprüfen, ob es dem Kläger zugemutet werden kann, ein ordentliches Verfahren mit einem "legal" oder "equitable" Rechtsmittel durchzuführen oder ob er einen Anspruch auf sofortige Sicherung seiner Rechte im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hat.²⁾ Dem Kläger wird die Durchführung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nur dann zugestanden, wenn die mit dem ordentlichen Verfahren verbundene zeitliche Verzögerung zu einem für den Kläger nicht wieder gutzumachenden Schaden führt.³⁾ So wurde beispielsweise in dem Fall *Mid-Hudson Nuclear Opponents, Inc. v. Consolidated Edison Co.*⁴⁾ der Antrag zurückgewiesen, eine Projektstudie zu untersagen, die eine Standortüberprüfung für ein zu errichtendes Kernkraftwerk zum Inhalt hatte. Es war dem Kläger nicht gelungen, glaubhaft zu machen, daß er für den Fall der Zurückweisung seines Antrages irreparabel geschädigt würde. Er hat nicht dargelegt, daß die Überprüfung der Nachbargrundstücke auf ihre Verwendbarkeit als Kernkraftwerksgelände dem Kläger bereits gegenwärtig schädigen. Sollte überhaupt ein Kernkraftwerk erbaut werden, so würden bis dahin noch mehrere Jahre verstreichen, so daß der Rechtsstreit für eine einstweilige Verfügung derzeit noch nicht entscheidungsreif sei.

cc) Die Bestimmung des irreparablen Schadens

Zu fragen bleibt also nur noch, was unter einem irreparablen Schaden zu verstehen ist.

Ein Schaden ist dann irreparabel, wenn er nicht mit Geld ausgeglichen

1) Leubsdorf S. 533

2) *Grand Lodge Knights of Pythias of NY v. Supreme Lodge Knights of Pythias*, 1952, 112 NYS2d 61
Wright & A. Miller § 2948, at 431-434

3) Dobbryn S. 158

4) *Mid-Hudson Nuclear Opponents, Inc. v. Consolidated Edison Co.*, 418 NYS2d 883 (1979)

werden kann.

Von einer nicht angemessenen Ausgleichsmöglichkeit kann u.a. ausgegangen werden, wenn sich die Schadenshöhe nicht einwandfrei bemessen läßt.²⁾

Droht das Verhalten des Beklagten das Affektionsinteresse des Klägers zu verletzen, so sieht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, daß ein angemessener Ausgleich in Geld nicht möglich ist und sieht somit die Voraussetzung "irreparable damage" als erfüllt an.

Selbst in Fällen, in denen der Schaden zu bemessen wäre, geht das Gericht davon aus, daß ein irreparabler Schaden droht:

So etwa, wenn der Beklagte wegen seines geringen Einkommens oder Vermögens zu Schadensersatzleistungen nicht in der Lage wäre.³⁾

Davon scharf zu trennen ist jedoch der Fall, daß der Kläger die Sicherung von Zahlungsansprüchen begehrt und der Beklagte droht, so über sein Vermögen zu verfügen, daß er keine Vermögenswerte mehr besitzt, in die der Kläger vollstrecken könnte. Für diesen Fall stellt die "order of attachment" in CPLR 6201(3) das angemessene Rechtsmittel dar.⁴⁾ Eine preliminary injunction wird nie erlassen, wenn mit ihr Zahlungsansprüche gesichert werden sollen.⁵⁾

Ein Schadensersatzanspruch ist auch dann unangemessen, wenn es für den Kläger unzumutbar ist, das Schadensersatzverfahren abzuwarten. So wurde im Fall *Semmes Motors Inc. v. Ford Motor Co.*⁶⁾, wie bereits oben im Zusammenhang mit dem Problem der Hauptsache-prozesse angesprochen, beispielsweise entschieden, daß der finanzielle Schaden des Geschäftsverlustes zwar ersetzbar sei, es Semmes aber nicht zugemutet werden könnte, sich mit Schadensersatz zu begnügen, da er Autos verkaufen und nicht von den Zinsen einer Ersatzleistung leben wolle.

- 1) *Jackson Dairy, Inc. v. H.P. Hood & Sons, Inc.*, C.A.N.Y 1979, 596F2d 70,72:
"Irreparable injury means injury for which a monetary award cannot be an adequate compensation and ...where money damages is an adequate compensation a preliminary injunction will not issue".
- 2) *Board of Higher Ed. of City of New York v. Marcus*, 1970, 311 NYS2d 579
Marullo v. Chresafis, 1965, 264 NYS2d 112
Dobbyn S. 131
- 3) *Dobbyn S.* 130
American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 49 S. 789
- 4) *Fair sky Inc. v. International Cable Ride Corp.* 1965, 257 NYS2d 351
- 5) *Campbell v. Ernest*, 1892, 19NYS123
- 6) *Semmes Motors Inc. v. Ford Motor Co.*, 429 F2d 1197(2d Circ 1970)

Ein Schaden wird auch dann als irreparabel qualifiziert, wenn die Verletzungshandlung dauerhaft ist bzw. ständig wiederholt wird und wenn das ordentliche Verfahren gegen ein solches Verhalten keinen ausreichenden Rechtsschutz bietet,¹⁾ bzw. wegen desselben Streitstoffes mehrere gleiche Klagen angestrengt werden müssten. In den Fällen, in denen die Rechte des Klägers wiederholt und ohne absehbares Ende verletzt werden, ist es dem Kläger nicht zumutbar, daß er unzählige Klagen "at law" durchführt und somit Kosten und Ärger auf sich nimmt.²⁾ Der Kläger ist von der Darlegung eines drohenden irreparablen Schadens dann befreit, wenn ihm durch das Verhalten des Beklagten der Verlust eines Grundstücks droht bzw. das fortdauernde Verhalten des Beklagten dazu führen könnte, daß er Eigentum bzw. eine Dienstbarkeit an dem klägerischen Grundstück kraft Ersitzung erlangt.³⁾

d) Das Prinzip der Interessenabwägung nach der balance of the hardships

aa) Die Belange der Verfahrensbeiliegten

Die Gewährung einer preliminary injunction setzt weiterhin voraus, daß der dem Kläger, im Falle der Ablehnung seines Antrages drohende irreparable Schaden grösser ist als der Schaden, der dem Beklagten als Folge der erlassenen preliminary injunction entstehen wird. Der Kläger muss glaubhaft machen, daß die Voraussetzungen der "balance of the hardships" erfüllt sind und somit der Erlaß einer preliminary injunction gerechtfertigt ist.⁴⁾

1) Donovan v. Pennsylvania Co. 199 US 279
Mc Gurren v. Fargo (ND) 66 NW 2d207

2) American Jurisprudence 2dVol. 42 § 50
Lynch v. Metropolitan Elev. R.Co. 129NY274, 29 NE 315

3) Christopher v. Jones 231 Cal App 2d408
Fairrington v. Dyke Walter Co, 50 Cal 2d 198

4) Parkmed Co. v. Pro-Life Counselling, Inc., 1982, 457 NYS2d 27:
"In determining appropriate injunction against antiabortion demonstrators, demonstrators' right to free expression had to be balanced with other private and governmental interests involved."
Nassa Roofing & Sheet Metal Co., Inc., v. Facilities Development Corp. 1979, 418 NYS2d 216: "Before preliminary injunction may issue, it must be shown, that the irreparable injury to be sustained by plaintiff is more burdensome to it than the harm caused to defendant through imposition of the injunction."

Gambar Enterprises, Inc. v. Kelly Services, Inc., 1979, 418 NYS2d 818.
Baing & Christoff v. Blair House Associates. 1979, 417 NYS2d 68

Die Einstellung der Gerichte zur Interessenabwägung hat sich im Laufe der Zeit stark gewandelt. Ursprünglich herrschte die Meinung vor, daß man dem Eigentümer beispielsweise nicht deshalb den Schutz seines Eigentums verwehren könne, weil das Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit an der Verletzung des Eigentums, das des Klägers an der Erhaltung des Status quo überwiege. ¹⁾ Diesem Grundgedanken entsprechend erwirkte der Kläger in dem Fall *Whalen v. Union Bag & Paper Co.* ²⁾ die Stilllegung der Papiermühle des Beklagten, da deren Betrieb zur Verunreinigung des Flusses führte und der Kläger Anlieger dieses Flusses war. Dem Kläger drohte aus der Verunreinigung des Flusses ein Schaden in Höhe von 100 Dollar pro Jahr. Der Beklagte hatte für die Investition der Papiermühle eine Million Dollar aufgewandt und beschäftigte ca. 500 Arbeitnehmer. Das Gericht begründete seine Ansicht damit, daß man dem Armen nicht dadurch sein Recht entziehen könne, daß man es dem zuspreche, der bereits reich sei, und dem dadurch auch mehr Schaden als dem Armen drohe. ³⁾ Im Laufe der Jahre wurde die Interessenabwägung zur selbständigen Erlaßvoraussetzung erhoben. Das wird damit begründet, daß dem Beklagten nur eine kurze Zeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung bleibe, so daß in der Eile er seinerseits tatsächliche und rechtliche Erwägungen übersehen könne. Andererseits verbleibe auch dem Gericht nur eine äußerst knapp bemessene Zeit, den Streitfall tatsächlich und rechtlich zu würdigen. Die im Eilverfahren vorgenommene materiell rechtliche Überprüfung ist somit nicht immer geeignet, die Erfolgsaussichten der Hauptsache zweifelsfrei festzustellen. ⁴⁾ Erschwerend kommt hinzu, daß der Vortrag der Parteien nicht bewiesen, sondern nur in Form von "affidavits" glaubhaft gemacht werden muss.

1) Dobbyn S. 132

Evans v. Reading Chemical & Fertilizing Co., 160 Pa 209 (1894)

2) *Whalen v. Union Bag & Paper Co.*, 208 NY 1

3) Dobbyn S. 132, 133

4) *Texas Pipeline Co. v. Burton Drilling Co.*, 54 SW2d 190 (1932)

Verglichen mit einer unmittelbaren Zeugen- oder Sachverständigenaussage und dem sich anschliessenden Kreuzverhör, stellt die Glaubhaftmachung durch "affidavits" kein gleichwertiges Beweismittel dar. Besonders schwierig gestaltet sich die Hauptsacheprognose dann, wenn das Gericht umfangreiche, sich widersprechende Beweise zu würdigen hat. Die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren getroffene Entscheidung kann trotz ihrer gesetzlich begrenzten Geltungsdauer für die Parteien von rechtlich so weittragender Bedeutung sein, daß eine Hauptsacheprognose allein nicht ausreichend erscheint, um das Risiko einer Fehlentscheidung abzufangen.

Das Erfordernis der Interessenabwägung ist eine Konsequenz aus der Unzulänglichkeit der Hauptsacheprognose. Daraus folgt, daß es auf eine Interessenabwägung dann nicht mehr ankommen kann, wenn der Kläger in der Hauptsache mit hundertprozentiger Sicherheit obsiegen wird.

Auf eine Interessenabwägung kommt es auch dann nicht an, wenn der Beklagte von der Rechtswidrigkeit seines Handelns Kenntnis hatte, und mit seinem bewussten Vorgehen eine Erpressung der Gerichte bezweckt, in dem er sie vor vollendete Tatsachen stellt. So z.B., wenn der Beklagte wissentlich baurechtswidrig ein Haus erstellt, durch das der Lichteinfall auf das klägerische Grundstück beeinträchtigt wird. Der Beklagte, der bewusst gegen die Eigentumsrechte des Klägers verstösst und darauf vertraut, daß das Gericht im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung zu dem Ergebnis kommen wird, daß der dem Beklagten aus einem Abbruch seines Bauwerkes drohende Schaden, den des Klägers überwiegt, hat mit seinem vorsätzlichen und rechtswidrigen Vorgehen seinen Anspruch auf Interessenabwägung verwirkt.¹⁾

Eine Interessenabwägung wird auch in dem Fall nicht vorgenommen, in dem der Kläger durch die interlocutory injunction eine Kommerzialisierung seines Schadens bezweckt. Dies soll mit folgendem Fallbeispiel verdeutlicht werden:

1) Dobbyn S. 135

American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 58 S.801

Der Beklagte hat die Grenze seines Nachbarn bebaut. Wenn nun der Kläger den Erlaß einer preliminary injunction begehrt, nicht aber um das Gebäude des Beklagten abbrechen zu lassen, sondern um diesen zu zwingen, ihm den überbauten Grundstückstreifen abzukaufen, dann wird das Gericht ohne Interessenabwägung den Erlaß der preliminary injunction ablehnen.¹⁾ Die Interessenabwägung kann somit durch das Verhalten beider Parteien verwirkt werden.²⁾

Die Vornahme einer Interessenabwägung setzt jedoch voraus, daß auch dem Beklagten ein irreparabler Schaden droht.³⁾ Droht dem Beklagten durch den Erlass der preliminary injunction ein Schaden, der durch Geldzahlung angemessen ausgeglichen werden kann, so wird das Schadensrisiko des Beklagten durch die vom Kläger zu leistende Sicherheit ("undertaking in damages" oder "bond") abgesichert.⁴⁾ In die Abwägung wird nicht jeder drohende irreparable Schaden miteinbezogen, sondern nur die Rechtsgüter, auf deren unversehrten Bestand der Beklagte einen Anspruch hat.⁵⁾ Auch die Lehre der "balance of convenience" ist ein Produkt des Grundsatzes der Vorrangigkeit der Schadensersatzklage. Die Interessenabwägung hängt eng mit dem Prinzip des "irreparable damage" zusammen, so daß die Überprüfung eines "irreparable damage" häufig nicht mehr gesondert vorgenommen wird. Soweit es um die Feststellung des irreparablen Schadens des Beklagten geht, gelten die Ausführungen zu dem Grundsatz "irreparable damages" entsprechend.

1) Dobbryn S. 136

2) O'Connell S. 154

3) Leubsdorf S. 541
American Jurisprudence 2 ed.Vol. 42 § 57 S. 800
Fairrington v. Dyke Water Co., 50 Cal2d 198

4) Note 73 Harvard Law Review S. 333 (336)

5) Leubsdorf S. 541

Ebenso wie etwa das Unvermögen des Beklagten zu Schadensersatzleistungen für den Kläger einen drohenden irreparablen Schaden begründen kann, kann andererseits die Bonität des Klägers im Rahmen der Interessenabwägung zur Verneinung des drohenden irreparablen Schadens für den Beklagten und somit zum Erlaß der preliminary injunction führen.

Die Interessenabwägung nach der "balance of convenience" unterliegt dem Ermessen des Gerichts. Wegen der Verschiedenartigkeit der jeweils betroffenen Rechtsgüter kann eine Interessenabwägung sehr schwierig bzw. unmöglich werden, so daß die Gerichte in manchen Fällen nur intuitiv vorgehen können.¹⁾

In dem Fall Entectic Welding Alloys Corp. v. Zeisel²⁾ beispielsweise beantragte der Kläger den Erlaß einer preliminary injunction, da der Beklagte Geschäftsgeheimnisse des Klägers preisgäbe und dadurch den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag verletze. Da Geschäftsgeheimnisse wertmässig schwer zu bemessen sind, ging das Gericht davon aus, daß ihr Mißbrauch zu einem nicht wiedergutzumachenden Schaden des Klägers führen. Der Erlaß der preliminary injunction hätte jedoch für den Beklagten zur Folge, daß er für den Fall, daß man ihm sein Verhalten untersage, als Geschäftsmann nicht bis zum Hauptsacheverfahren überleben könne, er also irreparabel geschädigt würde. Erlicke das Gericht die preliminary injunction zu Lasten des Beklagten, dann wäre, da dadurch die berufliche Existenz des Beklagten zerstört würde, keine sinnvolle Hauptsachenentscheidung mehr möglich. Daher hat das Gericht den Erlaß einer preliminary injunction abgelehnt.

Zusammenfassend dargestellt, kann es zu einer "balance of convenience" also nur kommen, wenn es dem Kläger gelungen ist, die Wahrscheinlichkeit seines Hauptsachsensieges glaubhaft zu machen, sich diese Wahrscheinlichkeit jedoch auf Grund des Vortrages des Beklagten nicht zur hundertprozentigen Sicherheit verdichtet hat. Außerdem muss dem Kläger für den Fall des Nichterlasses der einstweiligen Verfügung der Eintritt eines irreparablen Schadens drohen.

1) Leubsdorf S. 553

2) Entectic Welding Alloys Corp. v. Zeisel II F.R.D. 78 (D.N.J. 1950)

Droht dem Kläger kein solcher Schaden, der nicht mit Geld ausgeglichen werden kann, dann gibt es keinen Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung. Falls der irreparable Schaden des Klägers durch den Erlass der Eilmaßnahmen vermieden werden kann, ohne daß dadurch der Beklagte irreparabel geschädigt wird, dann wird die einstweilige Verfügung ohne vorherige Interessenabwägung erlassen werden. Wenn jedoch dem Beklagten für den Fall des Erlasses der einstweiligen Verfügung seinerseits der Eintritt eines irreparablen Schadens droht, dann muss es vor der Entscheidung über den Verfügungserlass zu einer Abwägung der Parteiinteressen kommen.

bb) Public interest

Die amerikanischen Gerichte berücksichtigen bei der Interessenabwägung grundsätzlich nur die Belange der Verfahrensbeteiligten.¹⁾ Erweisen sich jedoch die drohenden irreparablen Schäden als gleichwertig oder sieht sich das Gericht auf Grund der nur vorläufigen Beweisführung nicht in der Lage zu Gunsten einer Partei zu entscheiden, so können auch die Auswirkungen der Entscheidung auf nicht am Verfahren Beteiligte in Betracht gezogen werden.

Die Gerichte nennen diese Abwägung aber selten als gesonderte Erläussvoraussetzung.²⁾ Aus der grundsätzlichen Einbeziehung öffentlicher Interessen in die Abwägung folgt aber nicht, daß die Interessen eines jeden, auf den sich der Erlass der Anordnung bzw. die Zurückweisung des Antrages auswirkt, berücksichtigt werden. Der Kreis derjenigen, deren Interessen berücksichtigt werden, bestimmt sich nach dem materiellen Recht, denn es gibt keinen Grund, Personen in die Abwägung einzubeziehen, denen das materielle Recht in der Hauptsachenentscheidung keinen Schutz zubilligt.³⁾

Da das materielle Recht nicht immer spezifische Ausführungen über den zu schützenden Personenkreis macht, begnügt sich die Rechtssprechung teilweise auch damit, generalisierend das "öffentliche Interesse" in ihre Abwägung miteinzubeziehen.⁴⁾

1) von Chayes Abram in Note 89 Harvard Law Review S. 1281 (1976)

2) Metzger and Friedlander 29 Bus. Lawyer S. 914

3) Leubsdorf S. 549

4) Motor Vessel Theresa Ann. v. Krepps, 548 F2d 1382 (9th Circ. 1977)
DePina v. Educational Testing Service 1969, 297 NYS2d, 472:

"In ruling on an motion for preliminary injunction, courts must weigh interests of general public as well as interests of parties to litigation"

Das öffentliche Interesse kann direkt berücksichtigt werden, beispielsweise als Faktor bei der Frage, ob die Kündigung eines Tarifvertrages der Bergarbeitergewerkschaft zur Aufrechterhaltung des Kohlevorrates in Kriegszeiten verboten werden kann.¹⁾

Es kann aber auch indirekte Wirkung zeigen, wenn etwa Verfügungen auf Verbote beleidigender Äußerungen wegen ihres Zensurcharakters für unzulässig gehalten werden.²⁾ Sofern öffentliche Interessen mitberücksichtigt werden, erhöht sich die Beweislast des Klägers.³⁾

3. Statutory injunctions

Es ist streitig, ob der Nachweis der "probability of ultimate success", des drohenden "irreparable injury" und der "balance of hardships" auch dann erfolgen muss, wenn das dem Antragsgegner vorgeworfene Verhalten gesetzlich untersagt ist.

Es wird vereinzelt die Ansicht vertreten, in diesem Fall könne auf den Nachweis des "irreparable injury" verzichtet werden.

Das Gesetz habe bereits bestimmt, daß die verbotene Handlung eine ernsthafte Gefahr darstelle, die ohne weitere Nachweise, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung rechtfertige.⁴⁾ Manche Gerichte halten auch eine "balance of hardships" nicht mehr für erforderlich.⁵⁾ Wenn in diesen Fällen eine amtliche Stelle antragsbefugt war, so wurden von manchen Gerichten sogar geringere Anforderungen an die Darlegung der "probability of ultimate success" gestellt.⁶⁾

1) US v. United Mine Workers, 330 US 258 (1947)

2) Stoll, S. 160
Krebiozen Research Foundations v. Beacon Press 134 NE 2d 1
(Mass. Sct. 1956)

3) National Nutritional Foods Association v. Goyan 1980 (SDNY)
493F Supp 1044

4) Commonwealth v. Gibney, 21 Pa.D. & C.2d 5 (C.P.1959)
American Jurisprudence Vol.42, 2ed. §23 S.756, § 38 S.776, §48 S.788

5) FTC. v. Rhodes Pharmacal Co., 191 F2d 744 (7th Circ. 1951)
Sierra Club v. Coleman 405 F.Supp. 53 (D.D.C. 1975)
Heltzel v. O.K. Transfer Co., 330 P.2d 510 (1958)

6) FTC v. Rhodes Pharmacal Co. aa.O.

Während der Verzicht auf eine Darlegung des "irreparable injury" und "balancing of hardships", wie bereits oben ausgeführt, den rechtspolitischen Zielender Gesetzgebung genügen will, stellen die gelockerten Anforderungen an die "probability of ultimate success" eine freiwillige Selbstbeschränkung der Gerichte dar, mit der sie die Spezialkenntnisse der jeweils antragsbefugten Behörde anerkennen.¹⁾ Die oben genannten Entscheidungen sind aber auch stark kritisiert worden. Die bloße Illegalität einer Handlung rechtfertigt nicht den automatischen Erlaß einer einstweiligen Verfügung.²⁾

Davon könne allenfalls dann ausgegangen werden, wenn das Gesetz über das Verbot der Handlung hinaus eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zum Verfügungserlaß enthalten würde.³⁾ Wieder andere Gerichte lehnen für den Fall, daß ein bestimmtes Verhalten gesetzlich untersagt ist und das Gesetz selbst für den Fall des Verstosses zum Erlaß einstweiliger Verfügungen ermächtigt, jegliche Abweichungen von den üblichen Voraussetzungen ab.⁴⁾ Diese Gerichte sehen durch den Verzicht auf den Nachweis der üblichen Erlaßvoraussetzungen die "due - process-clause" als verletzt an.⁵⁾

Leubsdorf⁶⁾ hat zu diesem Problemkreis eine differenzierende Lösung erarbeitet. Er spricht sich dafür aus, grundsätzlich an der Interessenabwägung festzuhalten. Man sollte jedoch auch das materiell-rechtliche Ziel des jeweiligen Gesetzes berücksichtigen und ggfs. dann auf eine "balancing of convenience" verzichten, wenn aus dem Sinn des Gesetzes hervorgehe, daß das öffentliche Interesse am Erlaß der Eilmaßnahme überwiege.

1) Leubsdorf S. 563

2) Note 78 Harvard Law Review S. 1059

3) SEC v. General Sec. Co., 216 F.Supp. 350 (S.D.N.Y. 1963)
United States v. Nutrition Serv., Inc., 227 F.Supp. 375, 389
(W.D.Pa. 1964) (Food, Drug and Cosmetic Act)

4) McLeod v. General Electric Co. 366 F.2d 847 (2d Cir. 1966)
Rondeau v. Mosinee Paper Corp., 422 U.S. 49, 60 - 69 (1975)

5) North Georgia Finishing, Inc. v. DiChem, Inc., 419 US 601
(1975)
Morrissey v. Biewer, 408 U.S. 471 (1972)

6) Leubsdorf S. 560 f

3. Kapitel :

Die bei der Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes zu beachtenden allgemeinen Grundsätze

I. Einwendungen, begründet durch das Verhalten des Antragstellers

Vor der Gewährung einer preliminary injunction prüft das Gericht, ob der Erlaß einer solchen Maßnahme angemessen ist. Man kann dies auch damit umschreiben, daß das Gericht überprüft, ob ihm die "Equity-Jurisdiction" zukommt. ¹⁾ Zu einer Entscheidung kommen die Gerichte durch die sogenannten Equity-Maximen, die in der Rechtsprechung anhand von Einzelfällen entwickelt wurden. ²⁾ Diese Equity-Prinzipien haben ihren Ursprung in der Erkenntnis, daß Equity aus Gründen der Billigkeit und Fairneß keinem Kläger helfen wird, der sich selbst vor dem Gericht ins Unrecht gesetzt hat. ⁵⁾

1. He who comes in Equity must come with clean hands

Dieser Grundsatz bringt zum Ausdruck, daß derjenige, der die Hilfe der Equity-Rechtsprechung in Anspruch nehmen will, selbst frei sein muss von anstössigem Verhalten, Verheimlichung wesentlicher Umstände, Übervorteilung usw. ³⁾ Die Möglichkeit jemandem Rechtsschutz zu versagen, der sich in Bezug auf den Streitgegenstand eines unfairen Verhaltens schuldig gemacht hat, soll nicht die Interessen des Beklagten, als vielmehr die Interessen des Gerichts schützen. ⁴⁾ Dieser Gedanke kommt bereits in der Entscheidung des Falles Deweese v. Reinhard, 165 U.S. 386 (1897) wie folgt, zum Ausdruck: ⁵⁾

1) Dobbyn S. 32
Spelling and Lewis S. 29

2) Parker S. 26

3) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 §35 S. 773
Spelling and Lewis S. 29

4) Dobbyn S. 97

5) Dobbyn S. 32

"A court of equity acts only when and as conscience commands, and if the conduct of the plaintiff be offensive to the dictates of natural justice, then, whatever may be the rights he possesses and whatever use he may make of them in a court of law, he will be held remediless in a court of equity"

Der "Clean-Hands-Grundsatz" kann , selbst in Fällen einer un-
streitigen Rechtsverletzung durch den Beklagten, zur Versagung
einstweiligen Rechtsschutzes führen, wenn das Verhalten des Klägers
nicht fair und ehrlich war.¹⁾ Im Fall Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger
Co. ²⁾ beispielsweise begehrte der Kläger den Erlaß einer einstweiligen
Verfügung, um dem Beklagten zu untersagen, sein Patent zu verletzen,
das darin bestand, daß er eine Maschine konstruiert hatte, in der
Salz - Tabletten aufbewahrt werden konnten. Das Gericht kam zu der
Überzeugung, daß der Kläger sich auf sein Patent - Monopol nur
berief, um dadurch, unter Verstoss gegen die Wettbewerbsbestimmungen
zu erreichen, daß nur seine eigenen, nicht lizenzierten Salz-Tabletten
auf dem Markt gehandelt würden. ³⁾ Da das "Clean - Hands - Prinzip"
den Interessen des Gerichts dient, kann es das Gericht auch von sich
aus, ohne daß der Beklagte sich darauf berufen muss, bei seiner Ent-
scheidung berücksichtigen.

Da das "Clean-Hands-Prinzip" Gegenstand von Ermessenentscheidungen
ist, ist es schwierig, eine Definition dafür zu finden, wann das Ver-
halten des Kläger gegen das "Clean-Hands-Prinzip" verstösst.

Es ist unstreitig, daß der Kläger weder rechtswidrig noch kriminell
handeln muss. ⁴⁾ Ein bösgläubiges Verhalten, eine Irreführung oder

Unrecht allgemein reichen zur Anwendung der "Clean-Hands-Maxime"
aus. ⁵⁾

1) Kanzler S. 107

2) Morton Salt Co., v. G.S. Suppiger Co. ,314 U.S. 488 (1942)

3) Dobbyn S. 98

4) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 35; Carmen v. Fox Film Corp.
(CA2NY) 269 F 928
Dobbyn S. 99

5) Dobbyn S. 99

Obgleich es keine klare Definition dessen gibt, was unter "unclean hands" zu verstehen ist, gibt es verschiedene Umstände, die den Fällen immer wieder zu Grunde liegen:

- Ablehnung der Verurteilung zur Vertragserfüllung, da der Kläger den Abschluß des Vertrages durch unfaires Verhalten erwirkte.
- Nichterlaß einer einstweiligen Verfügung gegen unlauteren Wettbewerb, weil das zu schützende Werbeobjekt selbst durch wettbewerbswidrige Werbung beworben wurde.
- Ablehnung eines einstweiligen Verfügungserlasses wegen Verletzung eines Patentrechtes, weil der Kläger das Patent nur genutzt hat, um gegen die Wettbewerbsvorschriften zu verstossen.
- Nichterlaß einer einstweiligen Verfügung, weil sich der Kläger eines Gesetzesverstosses, der mit dem Streitgegenstand in Zusammenhang steht, schuldig gemacht hat.
- Verweigerung des einstweiligen Rechtsschutzes, weil der Kläger im Verlauf des Prozesses mit falschen Beweismitteln operierte.¹⁾

Ein eindeutiges Eingrenzungskriterium kann darin gesehen werden, daß das Gericht den Rechtsschutz der einstweiligen Verfügung wegen der "clean-hands-Maxime" nur dann verweigert, wenn das treuwidrige Verhalten des Klägers mit seinem Rechtsschutzbegehren in Zusammenhang steht.²⁾ Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die generellen Verhaltensweisen des Klägers bzw. sein in der Vergangenheit liegendes Verhalten im allgemeinen zu überprüfen.³⁾ Falls das Gericht es ablehnt, dem Antrag des Klägers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stattzugeben, so bedeutet das nicht,

1) Dobbyn S. 100

2) Dobbyn S. 101
American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 35 S.773
Prince Mfg.Co. v. Prince's Metallic Paint Co., 135 NY 24, 31NE 990

3) Dobbyn S. 101
American Jurisprudence 2ed. Vol.42 § 35 S. 774

daß der Kläger überhaupt keine Möglichkeit hat, seinen Anspruch durchzusetzen. Es ist ihm dann nur verwehrt, seinen Anspruch vor dem Equity Court durchzusetzen, er kann jedoch jederzeit eine "action at law" anstrengen.¹⁾

2. He who seeks equity must do equity

Die zweite, auf das künftige Verhalten des Klägers gerichtete, Equity - Maxime findet sich in der Rechtssprechung der Equity Gerichte erst relativ spät und wird wesentlich seltener angewandt als der "clean-hands-Grundsatz". Nach dieser Maxime wird das Rechtsschutzbegehren des Klägers von seiner Bereitschaft zur künftigen Vertragserfüllung abhängig gemacht.²⁾ Will der Kläger, z.B. einen Vertrag aus Equity-Gründen anfechten, so muß er anbieten, die empfangenen Gegenstände zurückzuerstatten³⁾ oder wehrt sich der Kläger beispielsweise gegen die Höhe der geltend gemachten Steuerforderung, so muß er anbieten, den ihm angemessen erscheinenden Betrag zu zahlen.⁴⁾ Auch hier muß zwischen dem Streitgegenstand des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens und dem Verhalten des Klägers ein direkter Zusammenhang bestehen.⁵⁾ In dem bereits oben angeführten Beispielsfall kann das Gericht bei dem Streit um die Gültigkeit eines Vertrages, dessen Aufhebung zwar davon abhängig machen, daß der Kläger die bereits empfangene Gegenleistung zurückgewährt, jedoch nicht verlangen, daß der Kläger einer anderweitigen Verpflichtung, die gegenüber dem Beklagten besteht, nachkommt. Dementsprechend können auch keine Verpflichtungen des Klägers gegenüber Dritten berücksichtigt werden.

1) Dobbyn S. 104

2) Kanzler S. 110

3) Parker S. 27

4) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 274 S. 1069

5) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 35 S. 775

Da dieses Prinzip, im Gegensatz zur "clean-hands-Maxime", den Schutz des Beklagten bezweckt, muß der Beklagte sich darauf im Rahmen des Verfahrens berufen -andernfalls wird unterstellt, daß der Beklagte darauf verzichtet hat.¹⁾ Auch bei dieser Maxime kommt das Gericht nicht zu einer Überprüfung der materiellen Rechtslage, so daß der Weg zu einer Klage "at law" nicht versperrt ist. Es werden durch die oben genannten Maximen nur besondere prozessuale Treuepflichten konstituiert, die entweder dem Gericht oder dem Beklagten gegenüber obliegen und von deren Erfüllung der Zugang zu einem Court of Equity abhängt.²⁾

3. Acquiescence

Der Einwand der Acquiescence ist ein Gegenrecht des Beklagten, mit dem er sich gegen die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes wehren kann. Er ist eine Ausformung der Equity-Maxime: "Equity aids the vigilant", was bedeutet, daß demjenigen, der auf seinen Rechten schläft, durch Equity nicht geholfen werden kann.³⁾ Die wirksame Einrede der Acquiescence setzt voraus, daß der Kläger durch sein Verhalten hat erkennen lassen, daß er sich seiner Rechte begibt. Der Begriff "Acquiescence" kann daher als Rechtsverzicht durch konkludentes Verhalten verstanden werden.⁴⁾ Weitere Voraussetzung ist, daß Kläger sowohl Kenntnis seiner Rechte, als auch deren Störungen hat.⁵⁾ Folglich wird eine injunction dann nicht erlassen, wenn der Kläger das Verhalten des Beklagten wissentlich geduldet und der Beklagte sich im Vertrauen darauf in eine Situation gebracht hat, aus der er sich nicht, ohne grösseren Schaden zu erleiden, befreien kann.⁶⁾

1) Dobbyn S. 107

2) Kanzler S. 112

3) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 61 S. 805
Parker S. 27

4) Kanzler S. 114

5) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 63 S. 809

6) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 61 S. 805

Auch diese Einrede bleibt ohne Einfluß auf den Streitgegenstand der Hauptsache.

4. Doctrine of laches

Auch die "Doctrine of laches" ist eine Ausformung der oben genannten Equity-Maxime: "Equity aids the vigilant".¹⁾ Im Gegensatz zur "Acquiescence-Einrede", die auf einem irgendwie erkennbaren Rechtsverzicht des Klägers beruht, handelt es sich bei der "equitable defence of laches" um einfaches Zögern bei der Klageerhebung.²⁾ Die Anwendung der Verzögerungseinrede hat zwei Voraussetzungen:

- dem Kläger muß eine wissentliche und nicht entschuldbare Verzögerung vorgeworfen werden können und
- diese unentschuldbare Rechtsverzögerung muss für den Beklagten einen Schaden bzw. einen Rechtsnachteil zur Folge haben.³⁾

Die möglichen Rechtsnachteile des Beklagten können vielgestaltig sein, es sollen hier nur die üblichen aufgeführt werden:

- Loss of Evidence
Im Fall Patton v. Commonwealth Trust Co.⁴⁾ erhob der Kläger trotz Kenntnis aller Gesamtumstände die Klage erst 5 Jahre später. Während dieser Zeit war der Hauptentlastungszeuge des Beklagten verstorben.⁵⁾
- Change in Situation
In dem Fall Gorham v. Sayles⁶⁾ hatte der Beklagte einen für den Kläger reservierten Gegenstand an einen Dritten veräußert. Hier erklärte das Gericht, daß der Kläger

1) Dobbyn S. 107

2) Kanzler S. 116

3) Dobbyn S. 108

4) Patton v. Commonwealth Trust Co. 276 PA., 95

5) Dobbyn S. 108
American Jurisprudence 2 ed. Vol. 42 § 62 S. 808

6) Gorham v. Sayles (1901), 23 R.I. 449, 50 A. 848

sich wegen der Änderung der Umstände, die in der Zeit seiner schuldhaften sechsjährigen Verzögerung aufgetreten seien, nicht mehr auf sein Recht berufen könne. Die hypothetischen Fallgestaltungen, die einer "Change in situation" zu Grunde liegen können, sind derart zahlreich, daß man sie praktisch nicht eingrenzen kann.¹⁾

- Change in Value of Subject Matter

In dem Fall *Landell v. Northern Pacific Ry.Co.*,²⁾ war im Rahmen der Reorganisation der Northern Pacific Railroad das Betriebsvermögen von einer privaten Gesellschaft übernommen worden. Eine Minderheit der Aktionäre war gegen diese Übernahme, ließ jedoch 50 Jahre verstreichen bis sie Klage erhob. Die Beklagten verteidigten sich erfolgreich mit der "Defence of laches", da mittlerweile der Wert der Aktien auf das dreifache angewachsen war.³⁾

Es werden bei der Verzögerungseinrede auch öffentliche Interessen in die Ermessensabwägung miteinbezogen. In dem Fall *Sheldon v. Rockwell*⁴⁾ hatte der Beklagte viermal einen Damm wegen des vom Wasser bedrohten umliegenden Landes aufgebaut. Beim fünften Wiederaufbau berief sich der Kläger auf sein Wasserrecht. Das Gericht wies die Klage mit der Begründung zurück, daß die Öffentlichkeit nach 19jähriger Verzögerung der Klageeinreichung auf den Bestand des Dammes vertrauen dürfe.⁵⁾ Da die Verzögerungseinrede Teil des richterlichen Ermessens ist, lassen sich keine bestimmten Fristen festlegen.

1) Dobbys S. 109

2) *Landell v. Northern Pacific Ry.Co.*, 122 F.Supp 253

3) Dobbys S. 109

American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 62 S. 808

4) *Sheldon v. Rockwell*, 9 Wis 166

5) Dobbys S. 110 f

Die mir vorliegenden Entscheidungen zu diesem Problembereich¹⁾ haben die Zeiträume von 5 bis zu 15 Jahren zum Gegenstand.²⁾ Eine Besonderheit gilt allerdings, sofern der Kläger den Erlaß einer mandatory injunction begehrt. Die Geltendmachung eines Leistungsanspruches muß besonders zügig erfolgen. Das kann mit dem Fallbeispiel verdeutlicht werden, daß der Beklagte rechtswidrig ein Bauwerk errichtet und mit fortschreitender Zeit immer mehr in diesen Bau investiert, so daß ihm eine durch den Kläger erst verzögert erwirkte Abbruchverfügung empfindlich treffen würde.³⁾ Auch der erfolgreiche Einwand der "Laches" setzt voraus, daß der Kläger von den Umständen, die die Verzögerung begründeten, Kenntnis hat⁴⁾ und keine begründete Entschuldigung für seine Verzögerung vorliegt.⁵⁾ Der Beklagte kann sich nur dann erfolgreich auf den Verzögerungseinwand berufen, wenn er nicht selbst durch gegenüber dem Kläger abgegebene Versprechungen oder ähnliches zu der Verzögerung beigetragen hat.

II. Ermessen

Der Erlaß von interlocutory injunctions steht im Ermessen der Gerichte. Das äussert sich u.a. darin, daß es keine festen Regeln für den Maßstab gibt, der an die Darlegung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges anzulegen ist.

-
- 1) Libow v. Freesport Drugshop Inc., 1961, 218NYS2d 897
Doe v. Roe (1977) 395 NYS2d 668
Giordano v. Dellwood Dairy Co., (1934), 275 NYS 193
Feingold v. Ellmann (1954), 138 NYS2d 192
 - 2) Ferris v. Paulding Exempted Village School Bd of Edu, 454 N.E. 2d 957: "...the plaintiffs were guilty of laches as to the previous actions transferring higher grades, which occurred five years prior to commencement of the suit."
 - 3) American Jurisprudence 2ed. Vol.42 § 65 S. 81o
 - 4) American Jurisprudence 2 ed. Vol. 42 S. 8o9
McGrath v. Kneisley 142 NE2d 53o
 - 5) Nature's Bounty, Inc. v. Super X Drugs Corp. (198o EdNY) 49oFSupp
 - 6) Dobbyn S. 112
American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 S. 812

Das Ermessen der Gerichte geht in diesem Bereich sogar so weit, daß sie den Erlaß einer Eilmaßnahme selbst dann verweigern können, wenn sie der Ansicht sind, daß der Kläger in der Hauptsache obsiegen werde, das Recht jedoch nicht völlig außer Zweifel steht.¹⁾

Das Ermessen erlaubt es den Gerichten aber auch die Anforderungen, die an den Verfügungserlaß gestellt werden, großzügig auszulegen. Würde man allein die in der Vergangenheit erlassenen interlocutory injunctions analysieren, so käme man zu dem Ergebnis, daß bei den meisten kein allzu strenger Maßstab an die Voraussetzung des drohenden "irreparable injury" angelegt wurde. Die Überprüfung des drohenden "irreparable harm" wird mehr aus pragmatischer Sicht heraus vorgenommen, um so für alle Beteiligten zu einem angemessenen Ergebnis zu kommen.²⁾

Da die Entscheidungen über den Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction im Ermessen des Gerichts liegt, kann das Berufungsgericht die Entscheidung nur abändern, wenn ein Fall des Ermessensmißbrauches gegeben ist.³⁾

Aus der Ermessensfreiheit folgt auch die Befugnis des Gerichts, die von ihm getroffenen Anordnungen mit Bedingungen zu verknüpfen. So kann beispielsweise dem Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction unter der Bedingung stattgegeben werden, daß Kläger damit einverstanden ist, die Hauptsacheverhandlung zum nächstmöglichen Zeitpunkt (speedy trial) durchzuführen.⁴⁾

1) Union Sav. Bank of Long Island v. Siebert (1980) 431 NYS2d 88
Personal Sportswear v. Silverstein (1982) 456 NYS2d 372

2) James v. Board of Ed. of City of New York (1977) 397 NYS2d 934
Siegel S. 400

3) Metzger and Friedlander S. 915
R & J. Bottling Co., Inc. v. Rosenthal, (1972) 337 NYS2d 783

4) New York State Electric & Gas Corporation v. City of Plattsburgh
(1938) 3 NYS2d 122

Unter der gleichen Bedingung kann ein Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction auch zurückgewiesen werden, nur eben mit dem Unterschied, daß es nun dem Beklagten obliegt mit der Durchführung der Hauptsacheverhandlung zum nächstmöglichen Termin einverstanden zu sein.¹⁾ Wenn der Beklagte diese Bedingung nicht erfüllt, kann der Kläger das Gericht anrufen, das dann die interlocutory injunction erlassen wird. Verhält sich dagegen der Beklagte gemäss der Bedingung und ist es das Gericht, das den festgesetzten nächstmöglichen Hauptsachetermin nicht einhalten kann, dann steht es im Ermessen des Hauptsachegerichts, ob es die interlocutory injunction erlässt. Wegen verwaltungstechnischer Schwierigkeiten wird die Anordnung eines "speedy trial" jedoch nicht als sehr praktikabel angesehen und die interlocutory injunction demgemäss selten mit dieser Bedingung verknüpft.

Überhaupt werden im Regelfall interlocutory injunctions unbedingt erlassen bzw. abgelehnt, wenn man von der gesetzlichen Bedingung einer Sicherheitsleistung absieht.²⁾ Da das individuelle richterliche Ermessen den gewichtigsten Bestandteil einer Entscheidung über den Erlass einer Eilmaßnahme darstellt, kann man wohl behaupten, daß kein anderes Rechtsgebiet, als das der interlocutory injunction zutreffender mit der Bezeichnung "judge-made-law" charakterisiert werden kann.³⁾

1) House of Chan Inc., v. Dyckmann, (1956) 155 NYS2d 616

2) Dobbyn S. 103

3) Dobbyn S. 4

III. Die Sicherung der Verfahrensbeteiligten im einstweiligen
Rechtsschutzverfahren durch die Verpflichtung zum
Schadensersatz - Bond

§ 6312 (b) CPLR des Staates New York schreibt vor, daß eine preliminary injunction nur ergehen kann, wenn der Kläger zuvor eine schriftliche Verpflichtungserklärung (Bond) des Inhaltes abgibt, daß er dem Beklagten den Schaden ersetzen werde, der aus einer zu Unrecht ergangenen preliminary injunction entsteht.

1. Die historische Entwicklung

Die Möglichkeit eine solche Verpflichtungserklärung zur Voraussetzung des Verfügungserlasses zu machen, geht auf die Befugnis der Equity- Gerichte zurück, den Erlaß der Eilmaßnahme nach freiem Ermessen an Bedingungen oder Auflagen knüpfen zu können.¹⁾ Ursprünglich war die Verpflichtungserklärung nur für die Fälle vorgesehen, in denen die Aussetzung des Verfahrens begehrt worden war.²⁾ Der Anwendungsbereich wurde dann im Rahmen des Field Code auf alle Fälle des einseitigen Verfügungserlasses ausgeweitet.

2. Bond, als gesetzlich vorgeschriebene Erlaßvoraussetzung der preliminary injunction

Für den Fall der preliminary injunction wird der Kläger zur Abgabe der Verpflichtungserklärung gesetzlich verpflichtet. Es steht somit nicht in dem Ermessen des Gerichts von der Verpflichtungserklärung abzusehen. Mit dem Bond sollen die Gerichte und der Beklagte nicht nur vor unrichtigen tatsächlichen Angaben, sondern vor jeglicher Fehlentscheidung geschützt werden.⁵⁾

1) Note 73 Harvard Law Review S. 333
Dobbyn S. 172

2) Note 73 Harvard Law Review S. 333; (1787 - 88) Laws ch. 9,
in 12 Laws of Va. 467 (Hening 1823)

3) Note 73 Harvard Law Review 334; NV Sess.Laws 1848, ch. 379, § 195

4) Smith v. Boxer (1974) 358 NYS2d 174
Metzger and Friedlander S. 920

5) Note 73 Harvard Law Review S. 333

Die Verpflichtungserklärung muss vom Kläger erst vor Erlaß der preliminary injunction und nicht schon mit der Antragstellung abgegeben werden.

3. Die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die gesetzliche Verpflichtung

Die Abgabe der Verpflichtungserklärung ist Zulässigkeitsvoraussetzung.¹⁾ Wird keine Verpflichtungserklärung abgegeben, eine preliminary injunction aber gleichwohl erlassen, so hat dies nicht die Nichtigkeit, sondern die Vernichtbarkeit der preliminary injunction zur Folge.²⁾

In diesem Fall kann der Beklagte beantragen, den Kläger zu zwingen, die Verpflichtungserklärung abzugeben oder aber die einstweilige Verfügung aufzuheben. Das Gericht ist dann befugt, dem Kläger zu erlauben, die Verpflichtungserklärung mit rückwirkender Kraft abzugeben.³⁾

4. Die Bemessung der Höhe der Schadensersatzverpflichtung

Die Höhe der Sicherheitsleistung liegt im Ermessen des Gerichts.⁴⁾ Als Sicherstellung dient üblicherweise eine Bargeldhinterlegung oder die Garantieerklärung einer Pfandgesellschaft,⁵⁾ die gewöhnlich auf eine feste Summe lautet. Die Summe kann nach Erlass der preliminary injunction erhöht bzw. reduziert werden.⁶⁾

1) Blumberg v. Thomaston-Spruce Corp., (1974) 360NYS2d 43
Litwa v. Litwa (1982), 452 NYS2d 241

2) Duane Sales, Inc., v. Hayes (1982), 449 NYS2d 333

3) Olechna v. Town of Smithtown (1976) 381 NYS2d 321

4) Overmyer v. Eliot Realty (1975) 371 NYS2d 246

5) Schurtmann/Walter S. 47

6) Donald Schaffer, Inc., v. Schaffer (1974) 354 NYS2d 716

Die Änderung kann jedoch nur solange bewirkt werden, wie die Eilmaßnahme Bestand hat.¹⁾ Schäden, die vor der Erhöhung der versprochenen Schadensersatzsumme eingetreten sind, werden von dem erhöhten Betrag nicht gedeckt.²⁾ In Fällen, in denen die Bemessung der drohenden Schäden schwierig ist, kann in dem Bond auch eine Schadenspauschalierung vorgesehen werden (liquidated damages).³⁾ Aus der Festsetzung der Höhe des Bond kann der Kläger ohnehin nicht schließen, daß dieser Betrag die Höchstgrenze seiner Haftung darstellt, da er darüberhinaus noch wegen Prozeßbetruges haftbar gemacht werden kann.⁴⁾ Es wird in der Literatur zu Recht kritisiert, daß die fehlerhafte Bemessung der Sicherheitsleistung in ihrer Folgewirkung dem Beklagten aufgebürdet wird, in dem man ihm zumutet, einen über die Höhe des Bond hinausgehenden Schaden nur dadurch ersetzt zu erlangen, daß er in einem weiteren Prozess nachweist, daß der Kläger die preliminary injunction durch arglistiges Verhalten erwirkt hat.⁵⁾

5. Die Haftung aus dem Bond

Die Haftung aus dem Bond setzt voraus, daß die Verfügung zu Unrecht erlassen wurde. In diesem Zusammenhang fällt auf, daß der Wortlaut des § 6312 (b) CPLR ungenau ist. § 6312 (b) CPLR⁶⁾ stellt die Voraussetzung auf, daß der Kläger keinen Anspruch auf Erlaß der injunction haben darf. Aus diesem Wortlaut geht nicht hervor, ob sich die fehlende Berechtigung auf die preliminary oder die permanent injunction bezieht.

1) Carpenter & Hughes v. DeJoseph (1961) 217 NYS2d 857

2) Weinstein-Korn-Miller NY Civil Practice Vol. 7A § 6312, 11

3) Note 73 Harvard Law Review 344

4) Chapelle v. Gross, (1966) 274 NYS2d 555

5) Metzger and Friedlander S. 918 ff

6) § 6312 CPLR ist im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

Es ist überwiegend anerkannt, daß die Schadensersatzpflicht aus dem Bond immer dann ausgelöst wird, wenn im Hauptsacheverfahren eine Entscheidung zu Lasten des Klägers ergeht.¹⁾

Diese Meinung ist nicht unbestritten. Es wird auch die Ansicht vertreten, daß die Hauptsacheentscheidung nur dann eine Aussagekraft über die Rechtmässigkeit der preliminary injunction haben könne, wenn sie aus materiellen Gründen abgewiesen worden sei. Außerdem werde durch eine undifferenzierte Betrachtung nicht berücksichtigt, ob die Hauptsacheklage etwa aus Gründen zurückgewiesen wurde, die erst nachträglich entstanden sind und auch für den Kläger zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses gar nicht vorhersehbar waren.

Die überwiegende Auffassung differenziert nicht zwischen den einzelnen Gründen, auf denen die Unwirksamkeit der permanent injunction beruht. Allein ausschlaggebend soll die Unwirksamkeit der permanent injunction sein, da somit keine Grundlage für die preliminary injunction mehr bestehe. Dies soll mit folgendem Fallbeispiel verdeutlicht werden:

Der Kläger erwirkte wegen eines rechtswidrigen Streiks gegen den Beklagten eine temporary injunction. Diese Entscheidung wurde im Hauptsacheverfahren bestätigt. Die Beklagten legten gegen die Hauptsachentscheidung Berufung ein. Der Court of Appeals kam zu der Auffassung, daß sowohl die temporary als auch die permanent injunction zum Zeitpunkt ihrer damaligen Entscheidung rechtmässig waren. Zwischenzeitlich war jedoch kraft Gesetzes die Zuständigkeit der Einzelstaatsgerichte auf die Bundesgerichte übergegangen. Das Berufungsgericht entschied also, daß dem Einzelstaatsgericht die Zuständigkeit zum Erlass einer permanent injunction fehle und daher der Berufung stattzugeben sei. Da die Berufungsentscheidung in Rechtskraft erwachsen war, sollte somit auch die temporary injunction unwirksam sein. Der Kläger argumentierte dagegen, daß die Zurückweisung auf rein prozessualen Gründen beruhe, die keinerlei Aussage über die materielle Berechtigung der temporary injunction mache, und daß überdies diese prozessualen Gesichtspunkte für den Kläger nicht vorhersehbar gewesen seien.

1) Metzger and Friedlander, 29Bus Lawyer S. 916
Peterfreund Herbert S. 156 f; 217 NYS2d 174

Aus diesen Umständen folge, daß das Gericht mit der Aufhebung der permanent injunction keine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der preliminary injunction gefällt habe.

Das Berufungsgericht vertrat dagegen die Ansicht, daß die temporary injunction deshalb unwirksam sei, da ihr die Grundlage der permanent injunction, auf der sie letztendlich nur beruhen könne, entzogen wurde.¹⁾

Das bedeutet aber nicht, daß die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der preliminary injunction für die Frage der Haftung aus dem Bond ohne Bedeutung ist. Zur näheren Erläuterung legt man am besten die Fallkonstellation zu Grunde, daß P den D mit dem Ziel einer permanent injunction verklagt. Während der Anhängigkeit dieser Klage erwirkt P eine preliminary injunction, um den Status quo während der Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens zu erhalten. Wird dann gegen den Erlaß der preliminary injunction durch den Beklagten erfolgreich Berufung eingelegt, diese also aufgehoben, und ist über den anhängigen Hauptsachestreit noch nicht entschieden, so stellt sich die Frage, ob die Haftung aus dem Bond gleichwohl ausgelöst wird. Das wird von der Rechtsprechung bejaht. In dem Fall *Margolies v. Encounter, Inc.*²⁾ führt das Gericht aus, daß die Rechtswidrigkeit der preliminary injunction zur Haftung aus der Verpflichtungserklärung führe. Der Kläger, der die Vorteile der Eilmaßnahme zu nutzen suche, also die Interessen des Beklagten einschränke, ohne daß über die Begründetheit seines Anspruches auf Grund ordentlichen Verfahrens entschieden worden sei, müsse sich auch für den Schaden, den er dadurch dem Beklagten verursache, verantwortlich zeigen. Wenn also die Eilmaßnahme zu Unrecht ergangen ist, haftet der Kläger aus dem Bond, selbst wenn er letztendlich in der Hauptsache obsiegt.³⁾

1) Peterfreund Herbert S. 156 f
217 NYS2d 174

2) *Margolies v. Encounter, Inc.*, (1977), 398 NYS2d 877

3) *Cross Properties, Inc., v. Brook Realty Co.*, (1980), 430 NYS2d 820

Nicht nur die Rechtswidrigkeit von Eil- bzw. Hauptverfahren führt zu einer Haftung aus der Verpflichtungserklärung, sondern auch die Klagerücknahme (voluntary dismissal)¹⁾ bzw. der Umstand, daß der Kläger das Verfahren nicht weiterbetreibt und deshalb sein Antrag zurückgewiesen wird (dismissal for want of prosecution).²⁾ Hat der Beklagte dagegen der Klagerücknahme zugestimmt, so wird der Kläger im allgemeinen aus der Haftung entlassen.³⁾ Die Haftung des Klägers soll dann nicht ausgelöst werden, wenn der Beklagte gegen die einstweilige Verfügung verstösst.⁴⁾ Hat der Kläger keine Verpflichtungserklärung abgegeben und hat dies der Beklagte nicht rechtzeitig gerügt, so scheidet eine Haftung des Klägers für eine zu Unrecht erlassene Eilmaßnahme aus.⁵⁾ Die Haftung aus dem Bond geht nicht auf den Rechtsnachfolger über.⁶⁾ Grundsätzlich haftet der Kläger für jede zu Unrecht erlassene preliminary injunction, aus der dem Beklagten ein Schaden erwachsen ist. Der Kläger muss die Fehlerhaftigkeit der Eilmaßnahme nicht zu vertreten haben, so daß er beispielsweise auch für den Fall, daß die Fehlerhaftigkeit ausschliesslich auf einer nachträglichen Gesetzesänderung beruht, haftbar gemacht werden kann. Der Beklagte kann nur die durch den Erlaß der preliminary injunction verursachten Kosten ersetzt verlangen. Anwaltskosten, die dem Beklagten also bereits vor Erlaß der preliminary injunction entstanden sind, die er also aufwenden musste, um den Erlaß der preliminary injunction zu verhindern, werden nicht erstattet.⁷⁾

1) Metzger and Friedlander, S. 916

2) Note 73, Harvard Law Review, S. 340, Fußnote 50

3) Note 73, Harvard Law Review, S. 340, Fußnote 50

4) Stacey Hardware & Elec. Supplies, Inc., v. Fidelis Factors Corp., Fidelity Factors Division, (1968) 290 NYS2d 19

5) De Carlo v. Sanese (1978) 410 NYS2d 490

6) Bengniat v. Gotham Nat. Bank of New York (1941) 24 NYS2d 836, affirmed 287 NYS2d 733, 39 NE2d 939

7) Bausch & Lomb Inc., v. Hydron Pacific, Ltd., (1975), 371 NYS2d 292

In § 6315 CPLR ist geregelt, wie der Beklagte seine Rechte aus dem Bond gegenüber dem Kläger durchsetzen kann.¹⁾

Voraussetzung der Haftung ist, daß die preliminary bzw. temporary restraining order aufgehoben wurde. Der Beklagte muss dann einen separaten neuen Prozess vor einem Gericht anstrengen, das mit dem Gericht, das über die interlocutory injunction entschieden hat, nicht identisch sein darf. Der Beklagte muss in diesem Verfahren die Höhe seines Schadens nachweisen. Die Festsetzung der Schadensersatzsumme in dem Bond stellt lediglich eine betragsmässige Höchstbegrenzung dar, die jedoch nicht von dem Nachweis des durch die unrechtmässige interlocutory injunction tatsächlich entstandenen Schadens befreit.

Nur wenn die Gewährung des Bond den Beklagten besser stellen würde, als dies der Fall wäre, wenn der Kläger den Beklagten erst gar nicht in Anspruch genommen hätte, wird die Haftung abgelehnt. Deutlich wird dies in dem Fall Hong Hoon v. Lum Wai,²⁾ in dem die vollständige Auszahlung des Bond für den vertragsbrüchigen Beklagten bedeutete, daß er den Marktpreis für seine Ware erhielt. Hätte der Kläger den Erlaß einer interlocutory injunction gegen den Beklagten erst gar nicht beantragt, so hätte der vertragsbrüchige Beklagte allenfalls den vertraglich vereinbarten, unter dem Marktpreis liegenden, Betrag erhalten. Das Verfahren, in dem die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens festgesetzt wird, ist auch wie das vorläufige Rechtsschutzverfahren summarisch.

In eventuell folgenden Klagen ist der Beklagte dann von der Beweislast für den Schadenseintritt und dessen Höhe befreit.

1) § 6315 CPLR ist im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

2) Hong Hoon v. Lum Wai, 26 Hawai 546 (1922)

IV. Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Rechtsschutzverfahren

Man kann das Problem des Vorgriffs auf die Hauptsache durch den Erlaß einstweiliger Verfügungen unter zwei Gesichtspunkten beleuchten:

Zum einen, ob im Eilverfahren die tatsächliche und rechtliche Prüfung dieselbe wie im Hauptverfahren ist und daher für das Hauptverfahren eine Bindung bewirkt wird.

Zum anderen, ob durch den einstweiligen Rechtsschutz bereits das endgültig gewährt werden kann, was eigentlich Gegenstand des Hauptsacheverfahrens ist.

1. Die Vorwegnahme der tatsächlichen und rechtlichen Prüfung

Im einstweiligen Verfügungsverfahren werden die Tatsachenfragen in geringerem Ausmaß als im Hauptsacheverfahren überprüft.

Über Tatsachen wird im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur durch präsente Beweismittel, wie z.B. Urkunden und der Glaubhaftmachung, zumeist in der Form von "affidavits" befunden. Das gilt für das gesamte Vorbringen von Kläger und Beklagtem. Diese Beschränkung der Beweismittel hat zu einem Vorwegnahmeverbot geführt. Durch die Begrenzung der Tatsachenfeststellung und der Beweiswürdigung auf den für die Eilentscheidung gerade notwendigen Umfang ist das Gerichte nicht umstandslos die Entscheidung in der Hauptsache zu präjudizieren. Dieses Vorgriffsverbot wird auch häufig negativ formuliert, in dem sich die Tatsachenwürdigung im Eilverfahren niemals auf das streitige Vorbringen der Parteien beziehen soll.¹¹

¹¹ *Camacho v. Board of Ed. of City School Dist.*, (1975), 367 NYS2d 144, Note 44

Garner & Inc. v. Schweitz (1962), 235 NYS2d, 449: "A party is not entitled to a temporary injunction, unless the right is plain from undisputed facts and if the right depends upon an issue, which can only be decided upon a trial, injunction cannot be granted."

Ergibt sich auf Grund der Glaubhaftmachung ein "conflict of evidence", dann soll, sofern dieser für die Beurteilung des Eilfalles erheblich ist, die einstweilige Verfügung im Zweifel nicht erlassen werden ¹⁾ bzw. die Entscheidung darüber dem Hauptsachegericht überlassen bleiben. ²⁾

Über den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wird hingegen nur nach eingehender materiell- rechtlicher Überprüfung entschieden. ³⁾ Auch schwierige Rechtsfragen werden daher im vorläufigen Verfahren unter Heranziehung aller entscheidungserheblicher Präjudizien beurteilt. Diese umfassende materiell-rechtliche Vorausprüfung hat für das Hauptverfahren allerdings keine Bindungswirkung, da im Eilverfahren nicht endgültig über die Begründetheit des materiellen Anspruchs entschieden wird. ⁴⁾ Das Ziel des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens ist ausschliesslich die Erhaltung des Status quo, ⁵⁾ damit der Rechtsstreit bis zum Hauptsacheverfahren entscheidungsfähig bleibt. Jedoch hat die umfassende materiell-rechtliche Vorausprüfung de facto eine Bindungswirkung, zumal dann, wenn die im Hauptsacheverfahren erhobenen Beweise der Glaubhaftmachung im Eilverfahren entsprechen. Das Gericht wird dann an die gleiche Tatsachenfeststellung im Zweifel auch die gleiche Rechtsfolge wie im vorläufigen Rechtsschutzverfahren knüpfen. Da weder das Ausmaß, noch der Zweck der tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung im Eilverfahren derjenigen des Hauptverfahrens entsprechen, entfaltet die vorweggenommene Tatsachen- und Rechtsprüfung keine Bindung für das Hauptsacheverfahren. ⁶⁾

1) Avien, Inc. v. Weiss (1966), 269 NYS2d 836
Tuvín v. Io E 3o Corp. (1971), 345NYS2d 258

2) Bayview General Hospital v. Associated Hospital Service
of New York (1964) 256 NYS2d 471

3) City of Yonkers v. Dyl & Dyl Development Corp. (1971)
325 NYS2d 2o6

4) Albin v. Stanco (1969) 3o6NYS2d 731
Dello Joio v. Rubenheimer (1962) 234NYS2d 882

5) Nassau Roofing & Sheet Metal Co., Inc. v. Facilities Development
Corp., (1979) 417NYS2d 216
Tucker v. Toia (1976) 388 NYS2d 475

6) Board of Higher Education of the City of New York v. Louis Markus
311 NYS2d 79 (197o): "Decision granting preliminary injunction does
not constitute the law of case or determination of the ultimate
success."

2. Die inhaltliche Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung (die full-relief-rule)

Als einstweilige Maßnahmen sollen die einstweiligen Verfügungen nicht zu einer endgültigen Befriedigung des Klägers führen.

Das kommt schon in der Zielsetzung des Filverfahrens zum Ausdruck, mit dem der Status quo erhalten werden soll, damit der Rechtsstreit in der Hauptsache entscheidungsfähig bleibt. ¹⁾

Das Vorwegnahmeverbot ist auf das in der Verfassung garantierte Recht des "Jury Trial" zurückzuführen. Der Erlaß von interlocutory injunctions fällt in den Zuständigkeitsbereich der Equity. Die Entscheidung obliegt somit ausschliesslich dem Court. Würde man dem Gericht erlauben, die Hauptsacheentscheidung vorwegzunehmen, so würde man den Beklagten seines verfassungsmäßig garantierten Rechts auf "Jury Trial", das bei Klagen "at law" durchgeführt wird, berauben.

Es wird daher von einigen Gerichten die Ansicht vertreten, grundsätzlich keine einstweiligen Verfügungen zu erlassen, durch die der Kläger schon alles erhält, was er im Hauptsacheverfahren erstreiten kann. ²⁾

In dem Fall Frank D. Wayne Associates, Inc., v. Paul A. Lussier ³⁾ beispielsweise hatten die Parteien eine Konkurrenzklausel vereinbart. Unter Verstoß gegen diese Konkurrenzklausel ließ sich der Beklagte in dem in der Vereinbarung bestimmten räumlichen Handelsgebiet des Klägers als selbständiger Handelstreibender nieder.

- 1) Nassau Roofing & Sheet Metal Co., Inc. v. Facilities Development Corp., (1979), 418 NYS2d 216
Note 78 Harvard Law Review 1058
Note 71 Columbia Law Review 165
a.A. Leubsdorf in Note 91 Harvard Law Review 525(539):
Nach der Ansicht Leubsdorfs muß es das Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes sein, einen voraussichtlich irreparablen Rechtsverlust, der durch eine falsche Entscheidung verursacht werden kann, möglichst gering zu halten.
- 2) Morgan v. New York Racing Ass'n (1979) 421 NYS2d 249
New York Tel. Co., v. Public Service Commission (1971)
320 NYS2d 280: "An injunction pendente lite will not ordinarily be granted, where effect thereof it is to grant plaintiff same relief, which may ultimately be obtained after trial on the merits."
Allied-Crossroads Nuclear Corp. v. Atcor Inc., (1966) 268 NYS2d 400
- 3) Frank D. Wayne Associates, Inc., v. Paul A. Lussier
454 (N.E.2d 109, Mass. App. 1983)

Dagegen beehrte der Kläger den Erlaß einer temporary injunction, mit dem Antrag, dem Beklagten die Betreibung des Geschäftes im Handelsgebiet des Klägers zu verbieten. Das Gericht untersagte dem Beklagten jedoch nur , seine Waren an solche Personen zu verkaufen, die bereits mit dem Kläger in geschäftlichem Kontakt gestanden hatten. Das Gericht verbot dem Beklagten aber nicht, sich überhaupt in dem Gebiet , das in der Konkurrenzklausel aufgenommen worden war, geschäftlich zu betätigen. Diesen eingeschränkten Verfügungserlaß begründete das Gericht damit, daß es nicht Zweck des einstweiligen Verfügungsverfahrens sei, die Hauptsache vorwegzunehmen, sondern den Status quo bis zur Hauptsacheentscheidung zu erhalten bzw. den Schaden für den Kläger möglichst gering zu halten, ohne daß dadurch dem Ergebnis der Hauptverhandlung vorweggegriffen wird. Es gibt allerdings auch Gerichte, die den Erlaß solcher Verfügungen ausnahmsweise für gerechtfertigt erachten.¹⁾ Es lassen sich im Recht von New York, im Gegensatz zum deutschen Recht, keine bestimmten Fallgruppen herausarbeiten, in denen die Gerichte eine Befriedigungsverfügung ausnahmsweise zulassen. Vielmehr überprüfen die Gerichte ganz allgemein, ob außergewöhnliche Umstände vorliegen, die den Rückschluß auf eine Notlage zulassen, und ob Bedenken gegen ein Obsiegen des Klägers in der Hauptsache bestehen.²⁾

1) James v. Lyon (1962), 226 NYS2d642

Mc Kesson & Robbin Inc., v. New York State Bd. of Pharmacy (1962) 226NYS2d 271

People v. Hatchamovitch (1972) 334 NYS2d 565: "Temporary injunction, which in effect grants same relief to be expected by final judgement should be granted, if at all, with great caution and only when required by urgent situation or grave necessity and than only upon clearest evidence and not where there is doubt as to plaintiff's ultimate right to relief sought."

2) Weinstein, Korn, Miller §§ 63o1.17: "However, there are situations, in which the plaintiff should be granted a preliminary order in spite of the fact that it may have the effect of a permanent injunction. One such situation is where the plaintiff demonstrates a clear right to permanent relief..."

Das Gericht muss davon überzeugt sein, daß der Kläger für den Fall, daß eine Hauptsacheverhandlung noch vor dem erledigenden Ereignis durchgeführt werden könnte, obsiegen würde.¹⁾ Es gibt jedoch auch Fälle, in denen das Gericht mit dem Erlaß der temporary injunction die Hauptsache vorwegnimmt, obwohl es von einem Obsiegen des Klägers in der Hauptsache nicht überzeugt ist. So wurde beispielsweise in einem Fall, in dem ein Arzt den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragte, um damit das Einverständnis einer Zeugin Jehovas zur Bluttransfusion bei ihrem Kind richterlich zu ersetzen, dem Antrag des Arztes stattgegeben. Das Gericht stellte fest, daß eine Entscheidung sofort getroffen werden mußte, da die Erledigung durch Zeitablauf drohe. Das Gericht entschied in diesem Fall ausschliesslich auf der Grundlage der Interessenabwägung. Aus dieser Entscheidung geht hervor, daß sich die Gerichte im Bereich der Befriedigungsverfügung nicht auf bestimmte Regeln festlegen lassen, sondern sich bemühen, den Eigenarten der Einzelfälle gerecht zu werden.

Es bestehen in der Literatur unterschiedliche Auffassungen über die dogmatische Einordnung des Vorwegnahmeverbotes. Das Vorwegnahmeverbot wird in New York in der "full-relief-rule" zum Ausdruck gebracht, deren Inhalt es ist, daß eine Vorwegnahme der Hauptsache grundsätzlich nicht erfolgen darf. Es wurde in der Literatur untersucht, in welchen Fällen die Rechtsprechung die "full-relief-rule" anwandte.²⁾ Dabei stellte sich heraus, daß die Gerichte den Erlaß von interlocutory injunctions, mit

1) Durante v. Paramount Pictures Corp. (1952) 111 NYS2d 138: "A temporary injunction which would give plaintiffs substantially all that they could receive after a successful trial is not to be granted unless there is almost a certainty that plaintiffs will succeed at the trial, and that they will be irreparably damaged in meantime unless the injunctive relief is granted"
American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 16

2) Note 78 Harvard Law Review 1058

der Begründung die Hauptsache dürfe nicht vorweggenommen werden, hauptsächlich in zwei Fallgruppen ablehnten:

- einmal, wenn die Hauptsacheentscheidung nur eine Wiederholung der Eilanordnung war und
- zum anderen, wenn der Antragsgegner durch die Eilmaßnahme übermässig belastet wurde.

Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur mit der Begründung kritisiert, daß beide Fallgruppen anhand der üblichen Entscheidungskriterien beurteilt werden könnten, ohne daß es erforderlich sei, das Verbot der Vorwegnahme als Begründung zu bemühen. Eine Überprüfung der Entscheidungen, in denen die Gerichte davon ausgingen, daß die Hauptsacheentscheidung nur eine Wiederholung der Eilanordnung sei und daher mit der Begründung der "full-relief-rule" den Erlaß der begehrten Maßnahme ablehnten, habe ergeben, daß nicht der Wiederholungsaspekt für die Ablehnung von Befriedigungsverfügungen ausschlaggebend gewesen sei, als vielmehr, daß Fehlen der üblichen Erlaßvoraussetzungen, wie z.B. der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens in der Hauptsache oder des drohenden irreparablen Schadens. ¹⁾

Weiterhin ist man in der Literatur der Auffassung, daß man die "full-relief-rule" nicht benötige, um die Belastungen des Antragsgegners in die Entscheidung miteinzubeziehen, da dies bereits im Rahmen der "balance of convenience" geschehe. In der von der Literatur vorgenommenen Untersuchung kommt man zu dem Ergebnis, daß das Vorwegnahmeverbot nur dann entscheidungserheblich werde, wenn die Erledigung des Rechtsstreits durch Zeitablauf drohe. So beispielsweise für den Fall, daß der Beklagte sich gegenüber dem Kläger vertraglich verpflichtet hat, einen Beitrag im Rundfunk bzw. Fernsehen zu senden und sich dann kurzfristig vor dem abgesprochenen Termin weigert, seine Verpflichtung zu erfüllen. ²⁾ Ausschließlich bei dieser Fallgestaltung soll die Anwendung der "full-relief-rule" dogmatisch anzusiedeln sein, mit der Folge, daß dem Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction nicht stattgegeben werden darf, selbst wenn Erledigung des Rechtsstreits durch

1) Libow v. Freesport Drugshop, Inc., (1961) 218 NYS2d 897

2) Rose v. Brown 58NYS2d 654

Zeitablauf droht, sofern der Antragsgegner durch den Maßnahmeerlaß genau das endgültig erlangt, was er ansonsten mit der Hauptsacheklage hätte durchsetzen müssen.

V. Die Rechtskraft

1. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft

Das amerikanische Recht kennt nur die Rechtskraft im materiellen Sinn, in die die Urteile bereits mit Erlaß erwachsen, unabhängig davon, ob sie noch mit ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können.¹⁾

Der Einwand der Rechtskraft wird nicht von Amts wegen, sondern als Folge eines Parteivorbringens beachtet.

Auch im amerikanischen Recht muß im Bereich von interlocutory injunctions die Bindungswirkung einstweiliger Verfügungsentscheidungen in Bezug auf das Hauptsacheverfahren von der Rechtskraftwirkung einstweiliger Verfügungsentscheidungen im Verhältnis untereinander unterschieden werden. Wie bereits oben ausgeführt, wird mit Erlaß der einstweiligen Verfügung bzw. deren Ablehnung keine Entscheidung über die materiellrechtliche Begründetheit des Hauptsacheanspruches getroffen,²⁾ sondern nur darüber entschieden, ob eine einstweilige Rechtsschutzmaßnahme ergehen soll, die den Status quo bis zur Hauptsacheentscheidung erhält.³⁾

1) Note 65 Harvard Law Review S. 818 (836) 1952
Schopflooher S. 234
Millar S. 1 (7)

2) Eastern Paralyzed Veterans Ass'n v. Metropolitan
Transp. Authority (1982) 458 NYS2d 815
Orange & Rockland Utilities, Inc. v. Amerada Hess Corp.
(1971) 324 NYS2d 494
Dobbys S. 179

3) Board of Higher Ed of City of New York v. Markus (1970)
311 NYS2d 579
Suma v. Landriscina (1972) 36 NYS2d 279

Daher hat die im einstweiligen Verfügungsverfahren getroffene Entscheidung keine Bindungswirkung für das Hauptsacheverfahren.¹⁾ Ein bereits abgeschlossenes einstweiliges Verfügungsverfahren hindert den Kläger grundsätzlich nicht, erneut um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen, denn es können nach amerikanischem Recht nur endgültige, d.h. zumindest für die Instanz endgültige, aber keine einstweiligen Entscheidungen in Rechtskraft erwachsen.²⁾ Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. Eine nähere Erläuterung erfordert die Unterscheidung in stattgebende und abweisende Verfügungsurteile.

Wurde dem Antrag des Klägers stattgegeben, so kann er auf Grund desselben materiellrechtlichen Anspruchs nicht noch weitere einstweilige Verfügungen erlangen. Verletzt der Beklagte also weiterhin die Rechte des Klägers, so muss der Kläger wegen Mißachtung des richterlichen Urteils einen Bestrafungsantrag stellen.³⁾

Wurde der Antrag des Klägers zurückgewiesen, soll es dem Kläger möglich sein, erneut einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Diese Möglichkeit besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Die Gerichte treten bei wiederholter Antragsstellung dann nicht erneut in die Prüfung ein, wenn der Kläger nur neue Mittel der Glaubhaftmachung vorbringt. Auch Fragen, die schon einmal Gegenstand der Erörterung waren, werden durch die Gerichte nicht erneut entschieden.⁴⁾ Ausschliesslich für den Fall, daß der Kläger zur Begründung seines Vortrages neue Tatsachen vorbringt, wird sein Antrag erneut bearbeitet werden.⁵⁾

1) Siegel S. 400

William H. Wise & Co. , v. Doubleday, Doran & Co. (1946)
60 NYS2d719

2) O'Brien v. O'Brien, 362 PA, 66

3) Tobin v. Hennessy (1928) 227 NYS 363

4) American Optical v. Rayex Corp., 394F2d, 155 (2dCirc 1968)

5) Triple D. & E. Inc., v. van Buren (1972) 339 NYS2d 821

Die Begründung dafür ist weniger dogmatischer, denn pragmatischer Natur und lässt sich aus der Handhabung der Rechtskraftproblematik im ordentlichen Verfahren herleiten. Im ordentlichen Verfahren bestimmen sich die objektiven Grenzen der res-judicata-Wirkung nach den Begriffen der "cause of action", "claim" oder "demand", die synonym verwendet werden. Nicht nur im deutschen, sondern auch im Recht von New York gibt es eine Vielzahl an Definitionsversuchen für den Streitgegenstandsbegriff, mit dessen Hilfe die Grenzen der Rechtskraft bestimmt werden sollen.¹⁾ Auf eine einheitliche Definition konnten sich die Gerichte bisher noch nicht einigen. Zumeist wird dem Begriff der "cause of action" ein rein tatsächlicher Gehalt beigegeben.²⁾ So wollen manche Gerichte, den Einwand der Rechtskraft dann durchgreifen lassen, wenn in dem zweiten Prozess dieselben Beweise wie im ersten Prozess erhoben werden. Andere Gerichte wiederum stellen nicht auf die Identität der Beweise ab, sondern entscheiden nach rein pragmatischen Gesichtspunkten. Danach gehören zum Streitgegenstand eines Prozesses all jene Tatsachen, die nach Ansicht des Gerichts unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie, des Parteiinteresses und der Erfordernisse des Geschäftsverkehrs als Einheit betrachten werden können.³⁾ Louisell-Hazard⁴⁾ schlägt vor, den Versuch vermittelt einer Definition des Streitgegenstandes die Grenzen der Rechtskraft zu bestimmen, ganz aufzugeben und stattdessen in jedem Einzelfall die Frage zu stellen, ob es irgendeine befriedigende Erklärung oder Entschuldigung

1) C.E. Clark, (1924) 33 Yale Law Journal S. 817
Note 65 Harvard Law Review (1952) 818 (824 ff)

2) Arnold (1933) 19 American Bar Association Journal
S. 215 f

3) Engelmann S. 46
Elliot v. Mosgrove (1934) 162 Ore 540 (93P2d 1070)
Vasu v. Kohleis, Inc., 145 Ohio St. 321, 334 f

4) Louisell-Hazard S. 565 f

dafür gibt, daß der Vortrag bereits nicht schon in dem ersten Klageverfahren vorgebracht wurde.¹⁾

Da in der amerikanischen Rechtssprechung sogar im ordentlichen Verfahren darauf verzichtet wird, die Grenzen der Rechtskraft durch einen einheitlichen Streitsgegenstandsbegriff zu bestimmen, ist es verständlich, daß sich die Rechtssprechung auch in dem dogmatisch noch schwieriger eingrenzbaeren Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes auf rein pragmatische Begründungen beschränkt.

2. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft

Eine in der Rechtssprechung der interlocutory injunction immer wiederkehrende Frage ist die, welche Personen durch eine einstweilige Verfügung verpflichtet werden und somit für den Fall der Mißachtung der Verfügung bestraft werden können.

Ursprünglich wurde diese Frage von Lord Eldon²⁾ dahingehend beantwortet, daß durch die interlocutory injunction nur die in ihr aufgeführten Beklagten, denen die Verfügung auch zugestellt worden war, verpflichtet werden konnten. Um eine Umgehung dieser Verpflichtung zu verhindern, modifizierte der Court of Chancery Appeals 1897 diesen Standpunkt in der Entscheidung Seaward v. Patterson³⁾ dahingehend, daß sowohl der Beklagte selbst, seine Stellvertreter, als auch seine Tatgehilfen durch die interlocutory injunction verpflichtet werden konnten, selbst wenn ihnen der Erlaß der Maßnahme nicht zugestellt worden war.

1) a.A. James 11.11

2) Note 78 Harvard Law Review 1028; Ivescon v. Harris, I.Ves.Jr. 251, 256, 32 Eng.Rep. 102, 104 (Ch. 1802)

3) Note 78 Harvard Law Review 1028; Seaward v. Patterson (1897) 1 Ch. 545 (C.A.)

In der Entscheidung *Alemite Mfg. Co. v. Staff* ¹⁾ wurden die Voraussetzungen dieser Rechtsprechung dadurch abgemildert, daß das Gericht entschied, Dritte könnten nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen aus der interlocutory injunction verpflichtet werden. Die Inanspruchnahme Dritter setze voraus, daß sie von dem Erlaß der interlocutory injunction und deren Inhalt tatsächliche Kenntnis erlangt hatten, und daß sie im Zusammenhang mit dem Beklagten handelten. ²⁾ Die bloße Kenntnis eines übereinstimmlichen Zusammenwirkens sollte nicht genügen. ³⁾ Diese Rechtsprechung wurde bis heute beibehalten und kann an dem Fall *State University of New York v. Denton* ⁴⁾ näher ausgeführt werden:

Die State University von New York erwirkte gegen einige Studenten eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt, daß diesen die Besetzung des Universitätsgeländes untersagt wurde. Die Verfügung war in Mitteilungen veröffentlicht worden. 45 Fakultätsmitglieder, die von der einstweiligen Verfügung Kenntnis erlangt hatten, und die mit den betroffenen Studenten sympathisierten, nahmen an einem Sitzstreik in einem Collegegebäude teil. Sie sind wegen Mißachtung der interlocutory injunction bestraft worden. Diese Bestrafung wurde jedoch auf ihr Rechtsmittel hin wieder aufgehoben. Das Rechtsmittelgericht führte aus, daß die bloße Kenntnis der einstweiligen Verfügung keine Verpflichtung begründen könne. Es hätte nachgewiesen werden müssen, daß die betroffenen 45 Fakultätsmitglieder mit den Studenten zusammengearbeitet hätten.

1) *Alemite Mfg. Co. v. Staff* 40 F.2d 832 (2d Circ 1930)

2) *Macbrell* S. 282

Dobbyn S. 11 ff

Estate of Roth RO (1955) 379 NYS2d 923: "Persons not parties who have knowledge of injunction may be bound by injunction, providing they are in privity with parties, such as officers or agents or servants of party acting in collusion with enjoined party".

3) *People v. Magee* (1979) 423 NYS2d 41"

4) *State University of New York v. Denton* (1970) 316 NYS2d 297

VI. Adequacy

Einem Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction wird dann nicht stattgegeben werden, wenn der Kläger nicht erfolgreich vorträgt, daß kein adäquates Rechtsmittel "at law" zur Verfügung steht.¹⁾ Da der Staat New York sowohl die Gerichtszweige als auch das Prozessrecht von Common Law und Equity vereinheitlicht hat,²⁾ erscheint der "Adequacy-Test" auf den ersten Blick nicht ganz einleuchtend. Der "Adequacy-Test" findet trotz der Vermischung von Equity und Law seine Berechtigung zum einen darin, daß den Beklagten sein Recht auf "Jury Trial" nur in Ausnahmefällen entzogen werden soll. Die Vereinheitlichung von Law und Equity beabsichtigte nicht, das verfassungsmäßig garantierte Recht auf "Jury Trial" zu beschränken. Da aber von jeher nur das Verfahren "at law" vor einer Jury durchgeführt wurde, werden die Rechtsmittel, die früher der Equity zuzuordnen waren, auch heute noch nur vor dem Einzelrichter, "Trial to the court" entschieden.³⁾ Der "Adequacy-Test" beinhaltet somit keine Zuständigkeitsregel, sondern eine Verfahrensgarantie.

1) Harold Properties Corp., v. Frankel (1983) 461NYS2d 9
Grogan v. Saint Bonaventure University (1982) 458 NYS2d 410
Board of Higher Ed of City of New York v. Marcus (1970)
311 NYS2d 579: "To be adequate, so as to preclude preliminary injunction, remedy at law must be plain, adequate and complete and must be as practicable and efficient as equitable remedy, and remedy at law is inadequate, where the damages are not capable of measurement or are difficult to determine, or where there would be long delay in availability of such remedy".

2) Dobbs S. 280

3) Dobbyn S. 35, 127

Der "Adequacy-Test" rechtfertigt sich zum anderen auch aus der Überlegung, daß aus interlocutory injunctions anders als aus Urteilen "at law" vollstreckt wird.¹⁾ Ein Schadensersatzurteil wird durch Pfändung in das Vermögen des Schuldners vollstreckt. Bei Mißachtung der Anordnung einer temporary injunction erfolgt die Vollstreckung durch Auferlegung einer Geldbuße bzw. einer Haftstrafe.²⁾ Diese Vollstreckungsart aus einer temporary injunction stellt für den Beklagten einen härteren Eingriff und für die Vollstreckungsbehörde eine grössere Belastung dar, als dies bei der Vollstreckung aus einem Schadensersatzurteil der Fall ist.³⁾

Das Gericht wird bei seiner Abwägung, ob andere adäquate Rechtsmittel einschlägig sind folgendes in seine Überlegungen einbeziehen: (1) Money damages; (2) Detinue for recovery of personal property from one who acquired it lawfully but retains it without right; (3) Replevin for recovery of personal property taken unlawfully; (4) Extraordinary legal remedies, z.B. quo warranto proceeding; (5) Criminal sanctions; (6) Administrativ procedures; (7) Political processes; (8) Police or selfhelp.⁴⁾ Nicht schon die bloße Existenz eines "legal remedy", das im konkreten Fall angewandt werden könnte, führt zum Ausschluß einer temporary injunction, sondern nur, sofern es ebenso praktikabel, wie auch effektiv, die Belange des Klägers schützt.⁵⁾ Daher ist auch gegen eine undifferenzierte Bevorzugung eines Rechtsmittels "at law" Kritik laut geworden. Es wird bezweifelt, daß das "Jury Trial-Verfahren"

1) Dobbyn S. 36

2) Dobbyn S. 67

3) Note 78 Harvard Law Review 1020

4) Dobbyn S. 36

5) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 § 39 S. 777

dem "Trial to the Court" überhaupt vorzuziehen sei.¹⁾
Es sei auch dem Kläger nicht in jedem Fall zuzumuten,
das Risiko einer Geldvollstreckung auf sich zu nehmen.
Vorallem aber sei nicht einzusehen, warum man dem Be-
klagten damit erlauben wolle, den Rechten des Klägers
Schaden zuzufügen und den Kläger nur auf die Möglichkeit
nachträglichen Schadensausgleiches verweist, statt es
ihm zu ermöglichen von vornherein die Verletzungshandlung
selbst zu unterbinden. Die Rechtssprechung folgte diesem
Standpunkt bisher vorallem dann, wenn eine Verletzung
der Grundrechte des Klägers drohte. In diesem Fall wurde
dann das "legal remedy" für unangemessen erklärt.²⁾ Eine
vom Einzelfall losgelöste generelle Bevorzugung des
"legal remedy" hätte auch zur Folge, daß der Beklagte
den Schaden des Klägers zu seinen Gunsten kommerziali-
sieren könnte. Dies ist dann der Fall, wenn der Nutzen,
der aus seinem rechtswidrigen Verhalten für ihn folgt,
den von ihm an dem Kläger zu leistenden Schadensersatz
übersteigt.³⁾ Auch ist dem Kläger mit einem Schadensersatz-
anspruch dann nicht gedient, wenn sein Affektionsinteresse
an dem beeinträchtigten Rechtsgut dessen Marktwert über-
steigt. In diesen Fällen ist die Gewährung einstweiligen
Rechtsschutzes das für den Kläger effektivste Rechtsmittel.
Für den Erlass von interlocutory injunctions spricht auch
ein soziales Interesse, denn dadurch wird der Kläger seltener
zu Selbsthilfemaßnahmen zwecks Durchsetzung seiner Ansprüche
greifen.⁴⁾

1) Frank , Note 63 Harv.L.Rev. 1466

Note 78 Harvard Law Review 1019; Griswold Harvard Law
School 5 (1963)

2) Bartles No. Oil Co. v. Jackman, (1915) 29 N.D. 236, 248,
150 N.W. 576, 580

3) Dobbyn S. 136

4) Barton H. Thompson Jr. , S. 1567

Aus der Auflistung der Argumente, die für ein "legal remedy" oder für eine interlocutory injunction sprechen, folgt nicht nur, daß der Problemkreis sehr komplex ist, sondern auch, daß es schwierig, wenn nicht sogar ausgeschlossen ist, eine Regel zu definieren, nach der der "Adequacy-Test" durchzuführen ist.¹⁾ Die Entscheidung muss sich vielmehr unter Abwägung aller Umstände an den Erfordernissen des Einzelfalles orientieren.²⁾

Der "Adequacy-Test" und die Voraussetzung des drohenden irreparablen Schadens haben den gleichen historischen Entstehungsgrund in der Abgrenzung von Court und Chancery. Auch sind häufig die Gründe, die zur Bejahung eines drohenden irreparable harm führen, mit denen, die ein Rechtsmittel "at law" für inadäquat erklären identisch. Droht für den Fall, daß keine interlocutory injunction erlassen wird, wegen Vermögenslosigkeit des Antragsgegners ein irreparabler Schaden oder müsste der Kläger zur Durchsetzung seines Anspruchs mehrere nacheinander geschalteten Klagen "at law" anhängig machen, so sind sowohl die Voraussetzungen des drohenden irreparablen Schadens, als auch die des "Adequacy-Tests" erfüllt.³⁾ Gleichwohl stellen der "Adequacy-Test" und die Überprüfung des drohenden irreparablen Schadens praktisch und dogmatisch zu trennende Erlaßvoraussetzungen dar, wie es sich u.a. mit den Ausführungen von Dobbs⁴⁾ belegen läßt: "Thus the legal remedy may be inadequate, but the preliminary injunction denied because the plaintiff's need is not pressing enough to warrant relief based on an attenuated trail ...".⁵⁾

1) American Jurisprudence 2ed. Vol. 42 §40 S. 779

2) Note 78 Harvard Law Review 1021

3) American Jurisprudence 2 ed. Vol. 42 § 40 S. 779

4) Dobbs S. 109 Rdz. 26

5) So auch McMullan v. Wohlqemuth (1971) 444 Pa 563,281 A2d 836

4. Kapitel: Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der interlocutory injunction

I. Zuständigkeitsfragen

Das Zivilverfahren wird grundsätzlich dadurch eröffnet, daß der Kläger dem Beklagten eine Ladung ("summons") und eine Klageschrift ("complaint") bzw. eine Bekanntmachung des klägerischen Antrages zustellt.¹⁾

Eine Ladung ist nur wirksam, wenn die beiden folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:²⁾

1. Die örtliche Zuständigkeit

Der Beklagte muss der Gerichtsbarkeit des Gerichts unterliegen ("in personam jurisdiction").

Das Gericht erlangt Gerichtsbarkeit über eine Partei üblicherweise durch Zustellung der Ladung, die durch einen "process server" dem Beklagten persönlich zugestellt wird. Im Fall der preliminary injunction kann jedoch von der persönlichen Zustellung abgesehen werden. Das wird damit begründet, daß die preliminary injunction im Gegensatz zur temporary restraining order nur nach vorheriger Anhörung erlassen wird und überdies die Hauptsacheklage bereits anhängig ist. Bei einer preliminary injunction ist es daher ausreichend, daß der Beklagte von der Antragstellung tatsächlich Kenntnis erlangt hat.³⁾ Bei einer temporary restraining order hingegen, deren Besonderheit darin besteht, daß sie ohne vorherige Anhörung des Beklagten erlassen wird, muss die Ladung und die Klageschrift dem Beklagten persönlich zugestellt werden.⁴⁾

1) § 304 CPLR: "An action is commenced and jurisdiction acquired by service of a summons. A special proceeding is commenced and its jurisdiction acquired by service of a notice of petition or order to show cause".
Schurtmann S. 37

2) Dobbyn S. 9 ff

3) Daly v. Amberg, 27 NE 1038

4) Cornell v. Livingstone, 332 NYS2d 843

Bei Klagen aus interlocutory injunctions richtet sich die Zuständigkeit des Gerichts nicht an der Belegenheit der streitbefangenen Sache, sondern an der Person des Schuldners aus. Die "personal jurisdiction" ist eine Folge des Equity - Grundsatzes, "Equity acts in personam and not in rem". Für den Fall des Verstosses gegen die Anordnung ("contempt") bedeutet das, daß die Vollstreckung in Form von Geldstrafe oder Haft, nicht aber durch Exekution in einzelne Vermögensgegenstände des Schuldners erfolgt.¹⁾

Durch eine interlocutory injunction können all diejenigen verpflichtet werden, die prozessfähig sind, also natürliche Personen, rechtsfähige Körperschaften und nicht rechtsfähige Körperschaften, denen die Befugnis zu klagen und verklagt zu werden, gesetzlich zugesprochen wurde.²⁾

Die Wirksamkeit der interlocutory injunction setzt also voraus, daß der Schuldner seinen Wohnsitz innerhalb des Gerichtsbezirkes hat bzw. zumindest dort anwesend ist. Bei juristischen Personen genügt es, daß sie im betreffenden Gerichtsbezirk des jeweiligen Staates eine Geschäftsniederlassung erhalten.

Fehlt die "personal jurisdiction" so ist die temporary injunction unwirksam, aber nicht nichtig. Wurde die interlocutory injunction gegenüber mehreren Personen erlassen und unterfallen nicht alle Personen der Gerichtsbarkeit des mit der Sache befassten Gerichts, so folgt daraus nur die Teilunwirksamkeit der Verfügung.

Ein Reklagter, der sich außerhalb des Gerichtsbezirkes befindet, kann die Zuständigkeit des Gerichts freiwillig dadurch begründen, daß er sich ständig in diesem aufhält.³⁾

1) Parker S. 28
American Jurisprudence 2ed. Vol.42 § 3

2) Dobbyn S. 10 f

3) Dobbyn S. 9 ff

2. Die sachliche Zuständigkeit ("subject matter jurisdiction")

Die Bedeutung der sachlichen Zuständigkeit ist darin zu sehen, daß das Gericht die Kompetenz haben muss, die Entscheidung des Rechtsstreits zu übernehmen. So kann, z.B. eine Klage, die nach Bundesrecht zu beurteilen ist, nur bei einem Bundesgericht anhängig gemacht werden.¹⁾ Das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit führt zur Unwirksamkeit der temporary injunction. Die Parteien sind im Gegensatz zu dem Bereich der "personal jurisdiction", nicht in der Lage durch ihr Verhalten die "subject matter jurisdiction" zu begründen.

Die "subject matter jurisdiction" hat jedoch ihrerseits gegenüber der "personal jurisdiction" eine Besonderheit. Wird in einem Equity Rechtsstreit darum gestritten, ob dem Gericht überhaupt die "subject matter jurisdiction" zusteht, dann kann bis zur Klärung dieser Frage der Status quo durch Erlass einer temporary injunction aufrechterhalten werden. Bei Verstoss gegen diese temporary injunction kann eine Bestrafung erfolgen, selbst wenn sich nachträglich herausstellt, daß dem Gericht die "subject matter jurisdiction" fehlte. Dies gilt nicht für das Fehlen der "personal jurisdiction". Wurde eine Person, trotz Fehlens der "personal jurisdiction" verurteilt und wurde bis zur endgültigen Klärung der Zuständigkeitsfrage eine temporary injunction erlassen, so kann im Falle des Verstosses gegen diese Verfügung, aus dieser nicht vollstreckt werden.²⁾

II. Postulationsfähigkeit

Wie auch in anderen Prozessen können die natürlichen Personen bei einstweiligen Verfügungsklagen in allen amerikanischen Gerichten ohne Anwalt auftreten, obwohl das, mit Ausnahme der "small-claim-courts", in der Praxis sehr ungewöhnlich ist. Juristische Personen hingegen müssen vor jedem amerikanischen Gericht von einem Anwalt vertreten werden.

1) Schurtmann S. 37

2) Dobbryn S. 28 ff

III. Die Besonderheit des ancillary proceeding

Anders als im deutschen Recht ergeht die Eilmaßnahme im amerikanischen Recht im Rahmen des Hauptverfahrens in einem sogenannten "ancillary proceeding".

Die preliminary injunction darf nicht erlassen werden, wenn nicht auch das Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist.²⁾

Das bedeutet für die Antragsstellung auf Erlaß einer preliminary injunction folgendes:

Sofern die Hauptsacheklage bereits anhängig ist (§ 6301 Halbsatz 2 CPLR), wird das einstweilige Verfügungsverfahren durch Antrag auf Erlaß der Eilmaßnahme eingeleitet. Für den Fall, daß die Hauptsacheklage noch nicht anhängig ist (§ 6301 Halbsatz 1 CPLR), wird der Antrag auf Erlaß der Eilmaßnahme durch die Klageschrift eingereicht, die neben dem ursprünglichen Antrag denjenigen auf Erlaß der Eilmaßnahme enthält.

Eine preliminary injunction, die vor Anhängigkeit der Hauptsacheklage erlassen wird, ist unwirksam,³⁾ aber nicht nichtig. Es wurde in der Rechtsprechung schon früh erkannt, daß die Einreichung der Hauptsacheklage zwar Voraussetzung für den Erlaß einer preliminary injunction ist, sie jedoch nachgeholt bzw. fingiert werden kann.

Im Fall *Boyer v. Jorrigan*⁴⁾ erwirkte der Kläger gegenüber dem Beklagten den Erlaß einer preliminary injunction. Die Beklagten wendeten die Unwirksamkeit dieser Verfügung ein, da einem der vier Beklagten mit den Antragspapieren keine Kopie der Klageschrift zugesandt worden sei.

1) *Tribune printing Co., Inc. v. 263 Ninth Ave. Realty, Inc.*, (1982) 102 NYS2d 590: "Pendency of action is indispensable prerequisite to granting of preliminary or temporary injunction."

2) *Boyer v. Century, Operating Co.*, (1977) 391 NYS2d 124

3) Joseph W. McLaughlin in McKinney's Practice Commentaries § 6311, 1 N.Y. Jur. 2d 100 (1962)

4) *American Jurisprudence* 2 ed. Vol. 42, § 241, S. 1036

5) *Boyer v. Jorrigan* (1955) 145 NYS2d 221

Da die Anhängigkeit der Hauptsacheklage durch ihre Zustellung begründet werde, sei die preliminary injunction ohne vorherige Hauptsacheklage erlassen worden und somit unwirksam. Das Gericht nahm in seiner Begründung Bezug auf bereits zuvor erlassene Entscheidungen.¹⁾ In diesen war ausgeführt worden, daß der preliminary injunction, die ohne zuvor oder gleichzeitig anhängig gemachte Hauptsacheklage erlassen wurde, dadurch Wirksamkeit zukomme, daß man die Erhebung der Hauptsacheklage von dem Zeitpunkt des Verfügungserlasses an fingiere. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Kläger innerhalb der von dem Gericht gesetzten Frist die Hauptsacheklage erhebe. Sofern der Kläger dieser gerichtlich auferlegten Bedingung nicht folge, entfalle die Wirksamkeit der preliminary injunction rückwirkend. Das Gericht führt weiter aus, die preliminary injunction sei auch deshalb wirksam, weil die Zustellung der Hauptsacheklage an drei der vier Beklagten, die Rechtshängigkeit der Klage auch in Bezug auf den vierten Beklagten begründe.

IV. Der Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction

Aus dem Antrag muss hervorgehen, daß der Antragsteller den Erlaß einer temporary injunction begehrt, wenn auch dieses Begehren nicht expressiv verbis ausgeführt sein muss.²⁾ In dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist der Kläger verpflichtet zu erklären, ob er bereits durch ein anderes einstweiliges Rechtsmittel abgesichert ist. Gleichfalls muss der Antragsteller vortragen, ob er bereits den Erlaß eines anderen einstweiligen Rechtsmittels beantragt hat. Dann wird ihn das Gericht auffordern, zwischen den ihm zustehenden Rechtsmitteln zu wählen,³⁾ denn er ist nur in Aus-

1) Schram v. Keanes 279 NY 277

Arnold v. Mayal Realty Co., 299 NY 57

Daly v. Amberg, 126 NY 490

2) Stipoli v. Bickal (1964) 248 NYS2d 588

Ilse Modes Inc., v. Ilsa Originals Limited (1962) 231 NYS2d 1

3) § 6001 NY CPLR, wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

nahmefällen berechtigt zwei verschiedene einstweilige Rechtsschutzmaßnahmen zu beantragen.¹⁾ Die Antragschrift muss alles darlegen, was zur materiell rechtlichen Begründung einer temporary injunction erforderlich ist.²⁾ Es muss aus dem Antrag hervorgehen, daß der Kläger einen Klageanspruch hat, und daß ein seine Rechte beeinträchtigendes Verhalten des Beklagten vorliegt, das den Voraussetzungen des § 6301 CPLR entspricht. Die Angaben in dem Antrag müssen sich auf Fakten beziehen, es reicht nicht aus, daß sie sich in Informationen durch Dritte oder persönlichen Einschätzungen erschöpfen.³⁾ § 6312 (a) CPLR bestimmt, daß der Kläger seinen Antrag mit eidesstattlichen Versicherungen oder anderen gerichtlich zugelassenen Beweismitteln belegen muss. Mängel der Antragschrift können jedoch nicht durch den Inhalt der eidesstattlichen Versicherung geheilt werden.⁴⁾ Sofern der Vortrag in der Antragschrift mit dem der beigefügten Hauptsacheklage übereinstimmt, müssen nicht zusätzlich eidesstattliche Versicherung eingereicht werden.⁵⁾

V. Die Bekanntmachung an den Beklagten

§ 6311 CPLR bestimmt, daß die preliminary injunction nur nach vorheriger Bekanntmachung an den Beklagten erlassen werden darf. Eine preliminary injunction, die ohne vorherige Bekanntmachung erlassen wird, ist nichtig.⁶⁾ § 6311 CPLR konstituiert keine Besonderheiten, die von den allgemeinen Vorschriften des Zivilprozesses abweichen. §§ 2103 und 2214 CPLR finden in vollem Umfang Anwendung. § 2214 CPLR bestimmt, daß die Bekanntmachung,

1) Todd-Buick, Inc., v. Smith (1922) 192 NYS459, aff'd 194 NYS985

2) Public Fuel Service, Inc., v. City of New York (1983), 458 NYS2d 593

3) City of Utica v. Mercon, Inc., (1972) 336 NYS2d 880

4) Gibbons v. Hoffmann (1952) 115 NYS2d 632

5) Firestone v. First Dist. Dental Soc. (1965) 266 NYS2d 268

6) People ex. rel. Sandness v. Sheriff of Kings County, (1937) 299 NYS 9

sowohl Zeit und Ort der durchzuführenden Anhörung, als auch alle die Klage unterstützenden Unterlagen, den Klageantrag und die Klagebegründung beinhalten muss. Die Bekanntmachung soll acht Tage vor dem festgesetzten Anhörungstermin erfolgen. Die Zustellung der Bekanntmachung muss gegenüber dem Antragsgegner erfolgen. ¹⁾ Für den Fall, daß die Bekanntmachung unterlassen wurde, muss dies der Antragsgegner vortragen, da ansonsten die Zustellung vermutet wird. ²⁾

Die nach vorheriger Bekanntmachung des Antrages und Anhörung der Parteien erlassene temporary injunction darf, sofern nicht erneut Gelegenheit zur Anhörung gegeben wurde, nur solche Anordnungen treffen, die von dem bereits zugestellten Antrag umfasst werden. ³⁾

Auf Grund des in § 6311 (1) CPLR geänderten Gesetzeswortlautes entsteht die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Beklagte von dem Antrag des Klägers in Kenntnis gesetzt werden darf. § 6311 CPLR ordnet an, daß die Bekanntmachung mit der Ladung und Klagezustellung in der Hauptsache oder zur einem nachfolgenden Zeitpunkt, auf jeden Fall aber vor Verfügungserlaß erfolgen muss. Die Rechtssprechung ist sich einig, daß der Gesetzeswortlaut mißverständlich ist, und daß der Gesetzgeber ihn zum nächstmöglichen Zeitpunkt abändern soll. § 6311 (1) CPLR wird daher allgemein so interpretiert, daß die Bekanntmachung des Verfügungsantrages contra legem gleichwohl vor Ladungs- und Klagezustellung erfolgen kann, und daß nur der Verfügungserlaß vor diesem Zeitpunkt unterbleiben muss. Zu der mißverständlichen Fassung des § 6311 (1) CPLR kam es dadurch, daß der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 6311 (1) CPLR bezweckte, eine in § 818 CPA bestehende Lücke zu schliessen. § 818 CPA sah vor, daß der

1) Everest Enterprises, Inc., v. Alphatape Sales Co. (1963) 243 NYS2d 322

2) Hunt v. Stirone (1931) 249 NYS591

3) Rhodes v. Wheeler (1900) 63 NYS184

Verfügungserlaß gleichzeitig mit der Ladungs- und Hauptsacheklagezustellung oder nach Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage erfolgen müsse. Da die Hauptsacheklage jedoch gerade mit der Ladungs- und Klagezustellung rechtshängig wird, schloß die damalige Rechtsprechung aus der alternativen Fassung des Gesetzeswortlautes, daß die interlocutory injunction mit Beginn der Hauptsacheklage oder bereits zu einem davor liegenden Zeitpunkt erlassen werden könne. Mit § 6311 (1) CPLR sollte gerade dies ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber wollte klarstellen, daß die preliminary injunction auf keinen Fall vor Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage erlassen werden darf. Um diesen gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck zu bringen, wählte der Gesetzgeber den umständlichen Weg, daß bereits die Bekanntmachung nicht vor Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage erfolgen durfte. Die Überlegungen des Gesetzgebers gingen dahin, daß wenn schon die Bekanntmachung des Antrages vor Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage untersagt sei, dies erst recht für den Erlaß der preliminary injunction zu gelten habe, der die vorherige Bekanntmachung des Antrages ja zur Voraussetzung hat. Die Rechtsprechung legt den Wortlaut des § 6311 (1) CPLR in Kenntnis der Intention des Gesetzgebers aus, in dem sie zwar die Bekanntmachung des Antrages vor Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage gestattet und nur den Erlaß der preliminary injunction vor Anhängigkeit der Hauptsacheklage für unzulässig erklärt. ¹⁾

VI. Die Anhörung

Wie auch im deutschen Recht soll nach dem Recht von New York der Gegner vor Erlaß der preliminary injunction angehört werden. ²⁾

1) Weinstein-Korn-Miller §§ 6311.04

Joseph M. McLaughlin in McKinney's Practice Commentaries C 6311: 11 S. 357

2) Brownstein v. Morris (1960) 203 NYS2d 465

Das Gericht wird dem Antrag des Klägers auf Erlaß einer preliminary injunction nur dann stattgeben, wenn es ihm in einem vorherigen Anhörungsverfahren durch schriftliche eidesstattliche Erklärungen und ggfs. durch Beibringung von Zeugen gelungen ist, das Gericht von seinem Vorbringen zu überzeugen. ¹⁾

Die mündlich vorgetragenen Tatsachen haben nicht den gleichen Beweiswert wie der beglaubigte schriftliche Vortrag, ²⁾ so daß der mündliche Vortrag die erforderlichen "affidavits" nicht ersetzen kann. Es liegt daher im Ermessen des Gerichts, ob eine mündliche Anhörung erfolgen soll. ³⁾ Bei wichtigen Anträgen sind mündliche Ausführungen jedoch die Regel. ⁴⁾

Hat der Beklagte den Vortrag des Klägers substantiiert bestritten, muss der Kläger dazu nochmals angehört werden. ⁵⁾

Die vor Erlaß einer preliminary injunction durchgeführte Anhörung hat nicht den gleichen Umfang wie die vor Erlaß einer permanent injunction erfolgte Anhörung, womit auch vermieden werden soll, daß der Hauptsacheentscheidung vorgegriffen wird.

VII. Die Beweisführung im vorläufigen Verfahren

§ 6312 (a) CPLR bestimmt, daß der Kläger sowohl seinen Klageanspruch als auch das Verhalten des Beklagten in Form von "affidavits" bzw. mit die "affidavits" ergänzenden anderen gerichtlich zugelassenen Beweismitteln, die der Kläger frei wählen kann, glaubhaft machen muss. ⁶⁾

1) Schurtmann S. 48

2) Peoples Gas Light & Coke v. City of Chicago (1983) 453 NE2d 740

3) Naxon Telesign Corp., v. Selig 38 III App 2d, 242, 186 NE2d666

4) Schurtmann S. 52

5) People Gas Light & Coke v. City of Chicago (1983) 453 NE2d 740
Iqbal AKHTER, M.D. and I. AKHTER M.D., S.C. and Ihinois Professional Corp. v. Sirish SHAH, M.D. NE 2d

6) Wachtell S. 280
Weinstein-Korn-Miller §§ 6312.03

[Faint bleed-through from the reverse side of the page]

[illegible]

一、此種情形，係因本行在辦理各項業務時，對於各項帳目，未能及時清理，以致發生此種情形。本行已於前次會議中，將此項帳目，交由會計部清理，並請該部，將清理結果，彙報本行。現據該部報告，已將各項帳目，清理完竣，並已將清理結果，彙報本行。本行已於前次會議中，將此項帳目，交由會計部清理，並請該部，將清理結果，彙報本行。現據該部報告，已將各項帳目，清理完竣，並已將清理結果，彙報本行。

[illegible][illegible]

Die Beklagte hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil die Klage nicht innerhalb der Frist von drei Monaten nach der Zustellung der Klage erhoben worden sei. Die Beklagte hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil die Klage nicht innerhalb der Frist von drei Monaten nach der Zustellung der Klage erhoben worden sei. Die Beklagte hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil die Klage nicht innerhalb der Frist von drei Monaten nach der Zustellung der Klage erhoben worden sei.

[illegible]

Phyllanthus

11. 11. 11. 11. 11. 11.

den geschäftlichen Nutzen der Geschäftsführung zuzulassen, ist durchaus sinnvoll, zumal wenn man sich der in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht anschliesst, daß bei einem Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction die Hauptsacheklage des Antragstellers beigefügt werden muss.¹⁾

Diese Ansicht ist jedoch in der Rechtsprechung kritisiert worden. Das Berufungsgericht hob in der Entscheidung *Sommerset Railroad Corporation v. D. G. Graham* vom 9. Juli 1982²⁾ das Urteil der Ausgangsinstanz auf. Diese hatte den klägerischen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Antragspapiere keine Kopie der Hauptsacheklage enthielten. Das Berufungsgericht vertritt die Ansicht, daß der klägerische Vortrag allein mit "affidavits" glaubhaft gemacht werden könne. Die Klageabweisung lasse sich auch nicht auf den Gesetzeswortlaut stützen, denn § 6311 (b)(2) sehe vor, daß eine preliminary injunction nur nach vorheriger Bekanntmachung an den Beklagten erlassen werden dürfe, und daß diese Benachrichtigung zusammen mit der Ladung und Zustellung der Hauptsacheklage erfolgen könne. Aus dem Gesetz sei also nicht zu entnehmen, daß dem Antrag stets eine Durchschrift der Hauptsacheklage beizufügen sei. Entscheidend soll nur sein, daß vor Erlaß der preliminary injunction die Hauptsacheklage anhängig gemacht werde. Eine Verknüpfung von Antrag und Hauptsacheklage in diesem Sinn sei auch prozessunökonomisch, da es dem Kläger sowieso jederzeit möglich sei, seinen Antrag zu wiederholen.

Die Beweismittel des Klägers sollen sich nur auf die streitigen Fragen beziehen³⁾ und nur durch diejenigen angegeben werden, die auch unmittelbare Zeugen des Tatherganges waren.⁴⁾

1) Weinstein-Korn-Miller §§ 6312.05

2) *Sommerset Railroad Corporation v. D.G. Graham* (1982) 453 NYS2d 527

3) *Com. Sanitation Co. of New York v. Fox* (1951) 107 NYS2d 935

4) *American Jurisprudence* 1st Ed., vol. 1, § 22, S. 949

Affidavits, die ihrerseits nur auf Informationen Dritter oder persönliche Einschätzungen gestützt werden, reichen nicht aus.¹⁾ Auch Schlußfolgerungen des Klägers aus gegebenen Fakten sollen keinen Beweiswert haben.²⁾ Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes werden im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren geringere Anforderungen an die Beweisführung gestellt. Der Vortrag des Klägers muss glaubhaft gemacht, nicht aber bewiesen werden. Der Kläger muss glaubhaft machen,³⁾ daß der Antragsgegner die rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers verletzt, und daß der Antragsteller im Hauptverfahren obsiegen wird. Weiterhin muss er zu der Überzeugung des Gerichts dartun, daß er für den Fall, daß seinem Antrag nicht stattgegeben wird, einen schwerwiegenden irreparablen Schaden erleiden wird, der den dem Beklagten aus dem Erlaß der Maßnahme drohenden irreparablen Schaden überwiegt.⁴⁾ Die Anforderungen an die Beweisführung des Klägers werden abgeschwächt, wenn es dem Kläger mit der temporary injunction bloß auf die Erhaltung des Status quo ankommt, d.h. wenn die vorhandene Situation ohne wesentliche Eingriffe in die Rechte des Beklagten aufrechterhalten werden kann und andernfalls eine Veränderung der Situation die Rechte des Klägers stark beeinträchtigen würde.⁵⁾

1) C.A. Gambrill Mfg Co. v. E.R. Sherburne Co. (1921) 185 NYS 502

2) Village of Honey Falls v. Elmer (1979) 416 NYS2d 148; Lotto, Stelowitz and Farr v. New York Tel.Co. (1973) 347 NYS2d 530

3) O'Brien v. Matual, 14 III App. 2d 173, 144 NE2d 446:
"To be granted a preleminary injunction, an movant must demonstrate a likelihood of ultimate success on the merits, although it is enough, if he makes a prima facie showing of his right to relief, since it is not for the court to finally determine the merits of an action upon a motion for a preliminary injunction."
Cambar Enterprises, Inc. v. Kelly Services, Inc. (1979) 418 NYS2d 818

4) Camardo v. Board of Ed. of City School Dist. (1975) 376 NYS2d 344
Brand v. Bartlett (1976) 383 NYS2d 668

5) Eckert v. Eckert (1958) 182 NYS2d 600

Sofern sich die gläubhaften "affidavits" der Parteien in wesentlichen Punkten widersprechen, wird die einstweilige Verfügung nicht erlassen, vielmehr wird dann der Fall zum nächstmöglichen Termin im ordentlichen Verfahren verhandelt.¹⁾ Hat es der Beklagte jedoch unterlassen, gegenteilige Behauptungen aufzustellen bzw. diese mit "affidavits" zu belegen, so wird vermutet, daß der klägerische Vortrag zutreffend ist und die interlocutory injunction wird erlassen werden.²⁾

VIII. Der Umfang der getroffenen Anordnung

Der Antrag auf Erlaß einer temporary injunction eröffnet das Verfahren und somit dem Gericht die Möglichkeit zu entscheiden, ob die vorgetragenen Tatsachen als ausreichend angesehen werden können, um einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren.³⁾ Der Zuständigkeitsbereich des Gerichts ist jedoch auf Fragen der einstweiligen Verfügung beschränkt, so daß es dem Gericht nicht möglich ist, über Fragen der Begründetheit des Hauptsachebegehrens zu befinden.⁴⁾ Der Beklagte hat einen Anspruch darauf, daß die gegen ihn erlassene interlocutory injunction so bestimmt ist, daß er daraus zweifelsfrei entnehmen kann, welche Handlungen er vorzunehmen bzw. zu unterlassen hat.⁵⁾ In diesem Bereich kommt es zu Berührungen und Überschneidungen mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Falls die interlocutory injunction in ihrem Wortlaut und Inhalt zu unbestimmt ist, führt sie zu einer Verweigerung des "due process", da eine Vollstreckung daraus für den Beklagten unzumutbar ist. Eine zu unbestimmte interlocutory injunction ist unwirksam.⁶⁾

1) Avien Inc. v. Weiss (1966) 269 NYS2d 836

Cohen v. Queensborough Farm Products (1951) 104 NYS2d 557

2) 110 Manno Realty Corp., v. Town of Huntington (1970)
306 NYS2d 746

Beach v. Queens County Jockey Club (1937) 298 NYS777

3) Guggenheimer v. Ginzburg (1977) 401 NYS2d 182; Metz v. People (1973) 341 NYS2d 940

4) Dello Joio v. Rubenheimer (1962) 234 NYS2d 882; Suma v. Landriscina (1942) 36 NYS2d 279; Gambar Enterprises, Inc. v. Kelly Services, Inc. (1979 4th Dept.) 418 NYS2d 818

5) Latex Corp., v. Flexees Inc., (1953) 119 NYS2d 409; Clarkson Co. v. Shaheen (CA 2NY) 544 F2d 624

6) Dobbyn S. 96

Interlocutory injunctions sollen sich in ihren einschränkenden Wirkungen auf ein Minimum dessen beschränken, was gerade noch geeignet ist, den Erfolg der einstweiligen Verfügung herbeizuführen.¹⁾

5. Kapitel:

Die Besonderheiten der temporary restraining order

I. Allgemeines

Die Erlaßvoraussetzungen der temporary restraining order, also der einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners sind in § 6313 CPLR²⁾ gesetzlich näher ausgeformt.

§ 6313 CPLR stellt teilweise eine wortgleiche Wiederholung von § 6301 Satz 2 CPLR dar. Bereits in § 6301 Satz 2 CPLR ist vorgesehen, daß eine temporary restraining order erlassen werden kann, wenn der Kläger schlüssig vorträgt, daß ihm irreparabler Schaden oder Verlust drohe, wenn nicht bereits vor der Anhörung des Beklagten über den Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction gegen diesen eine einstweilige Verfügung ergehe.

II. Das Verhältnis der temporary restraining order zur preliminary injunction

Die temporary restraining order verhält sich zum Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction so, wie sich die preliminary injunction zur Klage auf eine permanent injunction verhält. Es ist der Zweck der temporary restraining order, den Status quo bis zur mündlichen Verhandlung über den Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction zu erhalten. Das Verhältnis von permanent injunction, preliminary injunction und temporary restraining order untereinander läßt sich am besten mit einem Fallbeispiel umschreiben. Unterstellt man den

1) Ellenberg v. Brach (1982) 450 NYS2d 815

2) § 6313 CPLR, wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt.

hypothetischen Fall, daß der Beklagte das klägerische Grundstück betritt und das Haus des Klägers niederzureißen beginnt, dann wird eine Klage auf Unterlassung im ordentlichen Verfahren wenig nutzen, da sie auf Grund des Prozessverfahrens zuviel Zeit beansprucht. Der Beklagte kann gleichzeitig mit der Hauptsacheklage den Antrag auf Erlaß einer preliminary injunction stellen. Jedoch wird dieses Verfahren wegen der Vorbereitung der Schriftsätze, der Bekanntmachung an den Beklagten mindestens 2 Wochen dauern, also auch eine Verzögerung mit sich bringen. Ist damit zu rechnen, daß der Beklagte den Abriß des klägerischen Hauses fortsetzt, so ist dem Kläger nur noch mit einer temporary restraining order zu helfen, aus der dann umgehend vollstreckt werden kann.¹⁾ Die Abgrenzung der preliminary injunction von der temporary restraining order gestaltet sich jedoch nicht immer so einfach wie in dem angeführten theoretischen Beispiel; was mit dem Fall Davis gegen Gibbs²⁾ belegt werden soll. Anlaß der Auseinandersetzung war die Besonderheit, daß nur die preliminary injunction bis zur Berufungsentscheidung in Kraft bleibt, die Vollstreckbarkeit der temporary restraining order mit Rechtsmitteleinlegung hingegen automatisch ausgesetzt wird. Das umstrittene Urteil war von dem Richter nach formloser Anhörung der Parteien, wie folgt verkündet worden: "Temporary injunction and Restraining order and Order to Show Cause". Aus dem Rubrum war daher für die Qualifizierung der interlocutory injunction nichts zu entnehmen. In der Urteilsbegründung war unter anderem ausgeführt worden, daß das Urteil, solange bis das Gericht weiteres anordne in Kraft bleiben sollte, des weiteren wurde ein Termin zur mündlichen Verhandlung festgesetzt.

1) Peterfreund u. McLaughlin S. 975

2) Davis v. Gibbs 234P2d 1o71

Umstritten war, ob sowohl aus der formlosen Anhörung der Parteien, als auch aus der Anordnung des Gerichts, daß das Urteil bis zur Entscheidung über die Hauptsache in Kraft bleiben sollte, gefolgert werden muss, daß es sich um eine preliminary injunction und nicht um eine temporary restraining order handelt, mit der Folge, daß die Verfügung trotz Berufungseinlegung in Kraft bliebe. Zum einen wurde festgestellt, daß die formlose Anhörung, bei der weder eine beeidete Zeugenaussage, noch eine glaubhaft gemachte Urkunde vorlag, kein "hearing" darstellt, das für den Erlass einer preliminary injunction Voraussetzung ist. Zum anderen ist es anerkannt, daß es zulässig ist, eine temporary restraining order erst nach zuvor erfolgter förmlicher Anhörung zu erlassen.¹⁾ Die Anhörung allein lässt somit keinen Schluss auf die Rechtsnatur der interlocutory injunction zu. Auch die Anordnung des Gerichts, daß die einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung über die Hauptsache in Kraft bleiben sollte, lässt keinen Schluss darauf zu, daß es sich deshalb denknotwendig um eine preliminary injunction handeln müsse. Das Gericht bezieht sich damit auf den Fall *Ferguson v. Grady*, in dem sich die Parteien einigten, daß die temporary restraining order bis zur Hauptsacheentscheidung in Kraft bleiben sollte, ohne daß sich dadurch an der Rechtsnatur der temporary restraining order etwas ändern sollte. Wenn eine solche Parteivereinbarung gesetzlich möglich ist, muss es auch für das Gericht möglich sein, eine solche Anordnung zu treffen. Gerade prozessökonomische Gründe sprechen dafür, den Verhandlungstermin der preliminary injunction mit dem Hauptsachetermin zusammenzulegen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum zwei Verhandlungen durchgeführt werden sollten, wenn die in den Verhandlungen zu entscheidenden

1. Weinstein, Korn, Miller §§ 6313.01 : "The distinguishing feature of a temporary restraining order is that it may be granted without notice to the party to be restrained."

Tatsachen - und Rechtsfragen dieselben sind. Aus dieser Entscheidung folgt, daß auch für die Qualifizierung der temporary restraining order die Gesamtumstände des Einzelfalles ausschlaggebend sind.

III. Immediate and irreparable injury

Da die temporary restraining order ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners erlassen wird, trifft den Kläger im Verhältnis zum Verfahren der preliminary injunction ein höheres Maß an Beweislast.¹⁾ Er muss zusätzlich zu den Voraussetzungen der preliminary injunction schlüssig vortragen, daß gerade die Benachrichtigung des Beklagten und die damit zwangsläufig verbundene Verzögerung den erstrebten Rechtsschutz vereiteln würde und dem Kläger dadurch ein "immediate and irreparable injury" entstünde.²⁾

Selbst wenn dem Kläger die Darlegung der erhöhten Eilbedürftigkeit gelingen sollte, wird eine temporary restraining order für den Fall, daß es dem Kläger möglich war, die Klage früher einzureichen und er dies ohne entschuldigenden Grund unterlassen hat, gleichwohl nicht erlassen werden.³⁾

IV. Der Erlaß der temporary restraining order ohne vorherige Anhörung

Die Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz ohne vorherige Anhörung des Beklagten zu gewähren, ist zwar gesetzlich vorgesehen, in der Praxis wird von dieser Möglichkeit jedoch nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.⁴⁾ Viele Gerichte weigern

1) Weinstein, Korn, Miller §§ 6313.01

2) Streamwood Home Builder, Inc. v. Brolin 165 N.E.2d 531
Weinstein, Korn, Miller §§ 6313.02

3) American Jurisprudence 2 ed. Vol. 42, § 265, S. 1058

4) Carroll v. President & Commissioners of Princess Anne (1968)
393 US 175, 89 S.Ct. 347 in Supreme Reporter Volume 89 (1970)

sich, speziell in den Fällen, in denen die Meinungsfreiheit mit der temporary restraining order eingeschränkt werden soll, ohne vorherige Anhörung des Beklagten zu entscheiden. Zu diesem Zweck fordern sie den Kläger auf, den Beklagten über den Antrag, notfalls telefonisch, in Kenntnis zu setzen. Die Gerichte orientieren sich dabei an der begrüßenswerten Praxis der Bundesgerichte, die gemäss § 65 (b) von dem Kläger verlangen, daß er dem Gericht bestätigt, daß er versucht habe, den Beklagten zu benachrichtigen, bzw. daß er die Gründe darlegt, auf Grund derer auf eine Benachrichtigung des Beklagten verzichtet werden soll.¹⁾ Da die temporary restraining order ohne vorherige Anhörung und vor Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage erlassen wird, entfaltet sie erst dann Wirksamkeit wenn sie den Beklagten persönlich zugestellt worden ist.²⁾ Das Gericht ist allerdings gemäss § 308 (5) CPLR in der Lage, von der persönlichen Zustellung abzusehen, wenn die temporary restraining order während eines bereits anhängigen Hauptsacheverfahrens erlassen wird. Vorbehaltlich anderweitiger gerichtlicher Regelung ist die temporary restraining order zusammen mit der Antragsschrift, auf Grund der sie erlassen wurde und mit einer Benachrichtigung über den Termin zur mündlichen Verhandlung über die preliminary injunction zuzustellen.³⁾ Der Termin zur Durchführung der mündlichen Verhandlung über die preliminary injunction muss auf den frühest möglichen Zeitpunkt gesetzt werden. Vor Erlass der temporary restraining order kann das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen, ob es von dem Kläger die Abgabe einer Verpflichtungserklärung ("bond") verlangt.

1) Joseph M. McLaughlin C 6312: 1 in McKinney's Practice Commentaries

2) Wachtell S. 284

3) Weinstein, Korn, Miller 63-103

Falls sich das Gericht dazu entschliesst, gelten dann dieselben Voraussetzungen wie in § 6312 (b) CPLR. Gründe für die unterschiedliche Regelung des "bond" bei der preliminary injunction und der temporary restraining order sind nicht ersichtlich.

V. Die Geltungsdauer der temporary restraining order

Eine temporary restraining order hat nur solange Bestand bis über den Antrag auf Erlass einer preliminary injunction mündlich verhandelt wird bzw. über den Erlass der preliminary injunction entschieden ist.¹⁾ Daher ist eine temporary restraining order gewöhnlich nur einige Tage in Kraft.²⁾

Ähnlich wie im Fall Davis v. Gibbs (siehe Seite 85) wurde auch in dem Fall People v. Asiatic Petroleum Corp.³⁾ die Frage der Geltungsdauer der temporary restraining order erörtert. Es war seitens des Gerichts angeordnet worden, daß die temporary restraining order bis zum Erlass des Urteils in der Hauptsache wirksam bleiben sollte. In dieser Form konnte das Urteil keinen Bestand haben, da es § 6313 (a) CPLR widersprach. § 6313 (a) CPLR sieht vor, daß die temporary restraining order nur bis zum "hearing" der preliminary injunction wirksam sein soll. Über diesen Zeitpunkt hinaus, bis hin zur Hauptsacheentscheidung kann die temporary restraining order keine Wirksamkeit entfalten. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, daß es gar nicht zur gesonderten Verhandlung über die preliminary injunction kommt, sondern sogleich in einem möglichst nahe gelegten Termin zur Hauptsache verhandelt wird. Für diesen Fall ist die Anordnung, daß die temporary

1) Joseph M. McLaughlin C 6314:1 in McKinney's Practice Commentaries

2) Schurtmann/Walter S. 49

3) People v. Asiatic Petroleum Corp. , 357 NYS2d 542

restraining order bis zur Hauptsacheverhandlung gelten soll, rechtspflüchtig.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, daß die strengeren Anforderungen, die an die temporary restraining order gestellt werden, als auch die faktische Befristung eine ausreichende Gewähr dafür sind, daß die Durchbrechung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, nicht zu einem Mißbrauch der Gerichte führt.

Da es dem Beklagten nach § 6314 CPLR ¹⁾ überdies möglich ist, die Aufhebung bzw. Abänderung der temporary restraining order ebenfalls ex parte zu beantragen, kann von einem allzugrossen Unterschied zum zweiseitigen Verfahren der preliminary injunction nicht gesprochen werden.

2. Hauptteil: Landesbericht Bundesrepublik Deutschland

1. Kapitel:

Die rechtshistorische Entwicklung der einstweiligen Verfügung

I. Die Geschichte der Sicherungsanordnung

Im heute geltenden Recht ist die sichernde einstweilige Verfügung in § 935 ZPO geregelt. Ihr charakteristisches Merkmal liegt darin, daß der Gefährdung eines individuellen, d.h. eines nicht auf Geld ausgerichteten Anspruchs dadurch begegnet wird, daß man den Status quo vor Veränderungen schützt.¹⁾

Die ersten Ansätze zu vollstreckungssichernden einstweiligen Rechtsschutzmaßnahmen finden sich in der römisch-rechtlichen Sequestration. Sie unterscheidet sich von der heute in § 938 Abs. 2 ZPO geregelten Sequestration darin, daß sie als vertragliche Hinterlegung beim Schiedsrichter oder als Kautions für das Erscheinen im Prozess auf Grund einer freiwilligen, rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Parteien ausgestaltet war.²⁾

Der primäre Zweck einer, für die Dauer des Rechtsstreits, getroffenen Besitzstandsanordnung wandelte sich zu einer allgemeinen Vollstreckungssicherung, die nicht mehr auf einer Parteivereinbarung, als vielmehr auf einer richterlichen Anordnung beruhte, die seit dem Codex Theodosianus

1) Stein-Jonas § 935 Anm. II, Rdnr. 2
Wieczorek § 935 Anm. A III b
Rosenberg § 214 I 1a S. 1103

2) Eichhorn S. 9
Markett S. 8
Muther S. 64 ff, 96 ff

(438 n.Chr.) auch zwangszweise durchgesetzt werden konnte.¹⁾

Die eigentliche Wurzel des Instituts der Sicherungsanordnung ist im italienisch-kanonischen Zivilprozess des 13. Jahrhunderts zu finden. Da die damalige Gestaltung der Prozesse der Verschleppung Vorschub leistete, kommt es zu summarischen Prozessarten.²⁾

Als Vorläufer der Sicherungsverfügung kann der Sicherungsarrest angesehen werden.³⁾ Mit dem Sicherungsarrest sollte die Erfüllung einer Schuld durch Pfändung oder Personalhaft sichergestellt werden. Absicht dieses Sicherungsarrestes war es, der aus dem germanischen Recht herrührenden Selbsthilfepfändung Einhalt zu gebieten.⁴⁾ Der Sicherungsarrest gestattete im Gegensatz zum üblichen Prozess ein abgekürztes Verfahren mit erleichterten Anforderungen an die Beweisführung,⁵⁾ das selbständig neben dem Hauptverfahren stand.

1) Muther S. 247 ff, 348

Eichhorn S. 12 f

In der Literatur ist umstritten, ob die Sicherungsverfügung auf die Sequestration des römischen Rechts zurückgeführt werden kann. Rohmeyer (S. 19) verneint dies mit der Begründung, daß sich das Sequestrationsverfahren noch weit bis in das gemeine Prozessrecht erhalten habe und dort selbständig neben dem Verfahren stand, da seiner Ansicht nach als der eigentliche Vorläufer des heutigen einstweiligen Verfügungsverfahrens anzusehen ist. Dies wird bestritten von Gönner S. 368 ff; von Rayer S. 60 und 168 Fußnote 10 und Wetzell S. 325

2) Goldschmitt § 5

3) Stern S. 10

Markett S. 10

Pothmann S. 1 f

Rohmeyer S. 22

4) Kohler S. 189, 195

Stern S. 10

Markett S. 9

5) Rosenberg § 211 S. 1087

Stern S. 10

Markett S. 9

Der so ausgestaltete italienische Arrestprozess gelangte bei der Rezeption im 14. und 15. Jahrhundert in den gemeinen Prozess des deutschen Rechtes und von da zu den partikularrechtlichen Kodifikationen der deutschen Staaten im 18. und 19. Jahrhundert.

Die Begründung zur ZPO ¹⁾ stützte sich also unter anderem auf die Regelung der Prozessgesetze Hannovers, ²⁾ Badens ³⁾, Württembergs ⁴⁾ und Bayerns ⁵⁾, in denen schon jeweils Bestimmungen über einstweilige Anordnungen oder ähnliche Institute enthalten sind. Dabei sind die darin verwandten Begriffe oft sehr unscharf. ⁶⁾ Bald wird der Arrest als Unterfall einer Sicherungsanordnung behandelt ⁷⁾, bald steht der Arrest

1) a) Begründung des Entwurfs (II) zu einer Deutschen Civilprozessordnung (Berlin 1872) S. 592

b) Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat von 1864 nebst Motiven (Berlin 1864) S. 206

2) Allgemeine bürgerliche Prozessordnung von 1847 §§ 205 ff; von 1850 §§ 519 ff

3) §§ 625 ff der "Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden" von 1864

4) Artikel 844 ff der "Civil-Proceß-Ordnung für das Königreich Württemberg" von 1868

5) Artikel 605 ff. der "Civil-Proceß-Ordnung für das Königreich Bayern" von 1869

6) § 205 Abs. 1 der Hannoveranischen Allgemeinen bürgerlichen Prozeßordnung vom 4.12.1847

7) Artikel 605, 607 der Bayrischen Proceßordnung von 1869

selbständig neben der Sicherungsanordnung¹⁾.

Eine Untersuchung der jeweiligen Normen zeigt, daß auch die Partikular-Rechtsordnungen rein vollstreckungsschützende Akte von den übrigen einstweiligen Rechtsschutzakten gesondert haben. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß die Sicherungsanordnung schrittweise aus dem Arrest entwickelt worden ist. Die Entwürfe der Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich²⁾ und der "Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund" von 1870 sind als unmittelbare Vorläufer der ZPO anzusehen, deren Wortlaut den gegenwärtig geltenden Verfügungsbestimmungen der §§ 935 und 940 ZPO bis auf kaum nennenswerte Abweichungen gleicht.

II. Die Geschichte der Regelungsanordnung

Das Institut der regelnden einstweiligen Anordnung ist in § 940 ZPO zu finden. Das Charakteristikum dieser einstweiligen Anordnung ist darin zu sehen, daß sie sich auf ein streitiges Rechtsverhältnis bezieht, aus dessen Zustand, ohne ein vorläufiges Eingreifen des Richters, Gefahren für

1) §§ 186 f, 205 f Hannoveranische Prozeßordnung von 1850, §§ 799, 823 der Preußischen Entwürfs von 1864; §§ 515, 540 f des Hannoveranischen Entwurfs von 1860; §§ 669 f, 701, 712 des Entwurfs für den Norddeutschen Bund

2) Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung. Im königlich Preußischen Justiz-Ministerium bearbeitet von 1871 (Erster Entwurf)
Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes von 1872 (Zweiter Entwurf)
Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich von 1874 (Dritter Entwurf) abgedruckt auch bei Hahn-Stege-mann "Materialien zur ZPO", 2. Auflage, S. 477

den Rechtsfrieden erwachsen könnte.¹⁾ Im Gegensatz zur Sicherungsanordnung lässt sich die Regelungsverfügung bis in das Römische Reich zurückverfolgen, auf das die Rechtssprechung im kanonischen Prozess des 13. Jahrhunderts verwies. Im Beginn des 13. Jahrhunderts sah sich der Richter als Inhaber umfassender Gewalt der Schwierigkeit gegenüber, daß sich Adlige in Besitzstreitigkeiten nicht der bereits bestehenden Rechtsschutzverfahren bedienten, sondern auf der Grundlage alten Fehderechts eigene Leute unter Waffen stellten und gegeneinander zu Felde zogen.²⁾ Postglossatoren überlieferten die Entscheidungen der Richter Balduini und Papst Innocenz III., in denen diese, statt des an sich vorgeschriebenen Libellprozesses ex officio, beide Parteien zu einem Beweisantritt luden und dann sofort den Besitzprozeß entschieden. Etwa ein halbes Jahrhundert später, bildete der berühmte Prozessrechtslehrer, der Postglossator Durantis³⁾ den Rechtssatz, daß der Richter generell das Recht habe, in Besitzstreitigkeiten drohende Gewalt durch eigenes Vorgehen zu unterbinden, wobei er ex officio den gesamten Streit an sich ziehen und sofort endgültig entscheiden konnte.⁴⁾ Diese Besitzstreitigkeiten wurden in einem besonderen Verfahren ausgetragen, so daß es insoweit zu einer Verdrängung des normalen Libellprozesses kam⁵⁾. Infolge der Verdrängung des Hauptprozesses

1) Rosenberg S. 1103
Stein-Jonas § 940, Rdnr. 1

Baumbach-Lauterbach § 940 Anmerkung 1

2) Bruns, Carl S. 232 f

3) Ennercerus-Nipperdey Band I S. 113
Wetzell S. 12 f

4) Bruns, Carl S. 235
Hobbeling S. 47 Fußnote 67

5) Bruns, Carl S. 236

näherte sich der Verfahrensmodus in der Folgezeit der Kompliziertheit und Dauer des gewöhnlichen Rechtstreits, so daß der ursprünglich beabsichtigte Schnelleffekt verloren ging.¹⁾

Im weltlichen italienischen Recht entstand folglich ein Institut, das in den deutschen gemeinen Prozess übernommen und als "possessorium summarissimum" bezeichnet wurde.²⁾ Danach beinhaltete die richterliche Amtsgewalt die umfassende Kompetenz, auf Antrag für die Dauer des eigentlichen Verfahrens nach kurzer, d.h. summarischer Prüfung den Besitzstand ganz allgemein zu regeln und gegen Beeinträchtigungen zu schützen, auch wenn keine unmittelbare Waffengewalt bevorstand.³⁾

Erst im Schriftum des 19. Jahrhundert lässt es sich erkennen, daß sich der Anwendungsbereich des "possessorium summarissimum" von den vormals ausschliesslich erfassten Besitzstreitigkeiten auf Auseinandersetzungen im Rahmen aller Rechtsverhältnisse, was somit dem heutigen § 940 ZPO entspricht, ausgeweitet hat.⁴⁾ Zu einer Kodifikation dieser allgemeinen Regelungsanordnung kam es in den Prozessgesetzen Mitte des 19. Jahrhunderts.

1) Hobbeling S. 47

2) Eichhorn S. 30; Markett S. 11; Rohmeyer S. 24; Stein-Jonas (18. Auflage) § 940 Anmerkung I; Rosenberg § 214 I 1 b (9. Auflage); Leipold S. 73 f; von Bayer S. 165 ff; Bruns Carl, S. 260 ff; Wetzell S. 325

3) Bruns, Carl S. 264 ff
a.A. Leipold S. 75, der die einstweilige Verfügung des § 940 ZPO auf die provisorischen Verfügungen des gemeinrechtlichen Prozesses zurückführt. Das zunächst eigenständige Verfahren des "possessorim summarissimum" sei später von der einstweiligen Verfügung mitübernommen worden, in ihr könne daher nicht die eigentliche Wurzel der Regelungsanordnung gesehen werden.

4) Gönner S. 293 ff; Eichhorn S. 36; von Bayer S. 3 ff
Danz S. 179 ff

5) Rohmeyer S. 26

III. Die Geschichte der Leistungsanordnung

Die Leistungsanordnung, die dem Gläubiger eine (vorläufige) Befriedigung des Anspruchs verschafft, wurde in der ZPO nicht kodifiziert, obwohl es an Kodifikationsversuchen nie gefehlt hat.¹⁾ Die Versuche, den Typus der Leistungsanordnung zu kodifizieren, scheiterten bisher immer daran, daß die Gesetzesvorlage insgesamt nicht angenommen wurde.²⁾ Jedoch ist die vorläufige befriedigende Leistungsanordnung, deren Inanspruchnahme Stein³⁾ als eine besondere Art der Verurteilungsklage (gleichzusetzen mit Leistungsklage) bezeichnet ohne gesetzliche Regelung in Rechtssprechung und Literatur anerkannt worden.⁴⁾ Eine zusammenhängende Entwicklung der Leistungsanordnung lässt sich nicht weiter als bis zu der Begründung durch das Reichsgericht und die übrige richterliche Rechtsprechung der ordentlichen Gerichtsbarkeit zurückverfolgen.⁵⁾ Inhaltlich aber ist die Befriedigungsverfügung eine Wiederaufnahme des gemeinrechtlichen unbedingten Mandatsprozesses.⁶⁾ Dort erließ der Richter ohne sachliche Prüfung des Anspruchs⁷⁾ ein Befriedigungsgebot an den Schuldner; hauptsächlich entwickelte sich das Verfahren an dem Institut der "quarantierten Urkunden",⁸⁾ die noch heute in § 794 I Ziff. 5 ZPO als Vollstreckungstitel anerkannt sind.

1) Schilken S. 48 u. 49

2) siehe Auszug aus dem Referentenentwurf eines 2.ZPO-Änderungsgesetzes, im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt.

3) Stein "Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage" S. 10

4) Stein (wie unter 3) angegeben); Markett S. 37; Pothmann S. 55 f; Stein-Jonas vor § 935 IV 1, Rdnr. 31 Baumbach-Lauterbach Grdz § 916 Anm. 2 Cb; Baur/Stürner § 50 Rdnr 92o

5) RG 9,334; 15, 377; 27,429

6) Rohmeyer S. 30; Seuffert Vorb. vor § 916 Anm 1; Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdnr 35

7) Kleinfeller S. 523; Danz S. 110

8) Kleinfeller S. 523; Danz S. 114; v.Bayer S. 87 ff

Auch in den älteren Prozessgesetzen¹⁾ wird eine einstweilige Verfügung in die Form eines unbedingten Mandates gekleidet, wenn der Richter bei dringender Gefahr unersetzlichen Schadens sofort "mittels unbedingten Mandats" einstweilige Verfügungen erlassen darf.

Zusammenfassung:

Die Institute der Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsanordnung weisen eine unterschiedliche Entstehungsgeschichte auf. Die Sicherungsanordnung ist aus einem Selbsthilferecht hervorgegangen, das mangels öffentlicher Rechtsschutzformen legitim war und sich dann von einer gerichtlichen Kontrolle der Selbstpfändungen zur Sicherungskompetenz der Gerichte selbst wandelte²⁾. Insofern steht die Entwicklungsgeschichte des Instituts in völligem Einklang mit dem Entwicklungsweg des gesamten Prozessrechts, das überall seine Wurzel im Selbsthilfesystem alter Rechtsordnungen hat.³⁾

Die Entwicklung der Regelungsanordnung verlief insofern umgekehrt, als sich die Bevölkerung gegebener Rechtsschutzformen nicht bediente, sondern stattdessen zur Selbsthilfe schritt. Das Ziel der Regelungsanordnung lag von Anfang an in der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, die durch eigenmächtige Störung des öffentlichen Friedens durch Privatgewalt hervorgerufen worden war.⁴⁾ So wird auch heute noch in der Rechtslehre die Regelungsanordnung des § 94o ZPO als Maßnahme der Rechtspolizei zur Sicherung des Rechtsfriedens bezeichnet.⁵⁾

1) §§ 2o5, 2o7, 21o der Hannoverschen Prozessordnung von 1847 und den §§ 519 ff der Hannoverschen Prozessordnung von 185o

2) Stern S. 1o

3) Stein "Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts" S. 1

4) v. Bayer S. 176 Anm. 9

5) Baur "Studien zum einstweiligen Rechtsschutz" S. 34

Die nicht kodifizierte, jedoch allgemein anerkannte Leistungsanordnung ist keiner längeren, zusammenhängenden geschichtlichen Entwicklung erwachsen. Auslösendes Moment für ihre Anerkennung war wohl, daß die Gerichte als staatliche Funktionsträger sich genötigt sahen, ein Mindestmaß an sozialen Schutzgedanken zu verwirklichen, denn bei den durch Leistungsanordnungen begünstigten Gläubigern handelt es sich immer um sozial schwächere Personen, die auf laufende Geldleistungen angewiesen sind, also Rechtssuchende einer Industriegesellschaft.¹⁾ Möglicherweise weist die Entwicklung der Leistungsanordnung deshalb auch keine Parallelen zu den entwicklungsgeschichtlichen Gründen der Sicherungs- und Regelungsanordnung auf.

Verfolgt man die geschichtliche Entwicklung der einstweiligen Verfügung, so zeigt sich ein sich immer wiederholender Kampf zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit, Beschleunigung und Gründlichkeit, Freiheit und Gebundenheit des Verfahrens, Parteiherrschaft und Richtermacht, der bis heute noch keinen Abschluss gefunden hat.

--

1) Rohmeyer S. 32

2. Kapitel:

Die verschiedenen Arten vorläufiger Rechtsbehelfe im Recht der Bundesrepublik Deutschland

I. Die Abgrenzung der unterschiedlichen vorläufigen Rechtsbehelfe

Vorläufige Rechtsbehelfe befinden sich im Zivilrecht der Bundesrepublik Deutschland sowohl in der ZPO, dem HGB als auch dem BGB. In §§ 916 ff ZPO ist das Arrestverfahren geregelt. Der Arrest dient der Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine solche übergehen kann. Im Gegensatz dazu dient die einstweilige Verfügung der Sicherung eines Individualanspruchs auf gegenständliche Leistung oder des Rechtsfriedens, ausnahmsweise auch der vorläufigen Befriedigung eines Anspruchs. Daraus folgt, daß sich Arrest und einstweilige Verfügung als zulässige Sicherungsmittel für ein und denselben Anspruch gegenseitig grundsätzlich ausschliessen.¹⁾

Von dem Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung getrennt ist das einstweilige Anordnungsverfahren in Ehe- und Kindschaftssachen, das in den Sonderbestimmungen der §§ 620 ff, 641 d ZPO aufgeführt ist. Es ist gegenüber dem § 935 ff ZPO lex specialis.²⁾

Zum Schutz wettbewerbsrechtlicher Ansprüche enthält § 25 UWG eine Sonderbestimmung, nach der eine einstweilige Verfügung auch dann erlassen werden kann, wenn die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO nicht zutreffen.

1) Thomas/Putzo Vorbemerkung zu § 916 ZPO Anm. 3

2) Jauernig "Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht" § 37 VI Baur/Stürner § 50 Randnummer 901; Baumann § 16 I 2 b; Rosenberg/Schwab § 169 II 6

Eine weitere eigenständige Form der einstweiligen Verfügung findet sich in § 489 BGB, der als prozessuale Vorschrift verstanden wird ¹⁾ und im Rahmen der vorliegenden Arbeit wegen seiner Bedeutungslosigkeit außer Betracht bleiben soll.

Die einstweilige Verfügung wird vom Gesetz in zwei Formen unterteilt, in die einstweilige Verfügung in Bezug auf den Streitgegenstand nach § 935 ZPO und die einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis nach § 940 ZPO. Einige Autoren ²⁾ sehen neben diesen zwei gesetzlich festgelegten Formen einen selbständigen dritten Typus. Ihrer Ansicht nach müsste die in der Praxis anerkannte Befriedigungsverfügung als eigenständige, über die gesetzliche Regelung hinaus entwickelte Form der einstweiligen Verfügung angesehen werden, da die einstweilige Verfügung ursprünglich nur der Sicherung nicht aber auch dem Zweck einer Befriedigung diene.

Andere wiederum sehen in der Leistungsverfügung nur eine Form der Regelungsverfügung ³⁾ und begründen dies u.a. mit dem ZPO-Entwurf von 1931, in dem in § 1017, der dem heutigen § 940 ZPO entspricht, ein Absatz 2 mit dem Wortlaut "Ordnet die einstweilige Verfügung bestimmte Leistungen an den Gläubiger an, so stehen für den Vollzug die Mittel der Zwangsvollstreckung zur Verfügung", angefügt war.

1) Jauernig ZZP 79, 330; Palandt § 489 BGB Anm. 1, 2

2) Stein-Jonas Vorb. § 935, RdNr. 31, 35; Grunsky JUS 76, 283; Grunsky ZZP 90, 209; Thomas/Putzo § 40 Anm. 4; Zöller-Stephan Vorb. § 916 Anm. 1, § 935 Anm. 2; Gerhard § 18 III 2a

3) Schuler NJW 59, 1802; Leipold 119 ff; Hobbeling S. 208; Baur "Studien zum einstweiligen Rechtsschutz" S. 57
Schilken S. 21, 123; Hadding ZHR 130, 1 (18)
Baur BB 64, 609; K.Blomeyer ZZP 65, 52 (65)

Wieder andere leiten die Befriedigungsverfügung teils aus § 935 ZPO und teils aus § 940 ZPO ab.¹⁾

Es soll aus Gründen der Didaktik in vorliegender Arbeit von der Dreiteilung ausgegangen werden.

Unabhängig von der unterschiedlichen dogmatischen Einordnung wird die Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung von der Sicherungs- und Regelungsverfügung auch nicht einheitlich abgegrenzt. So untergliedert z.B. Jauernig²⁾ in Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsverfügungen dagegen Leipold³⁾ in Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen. Dabei werden teilweise alle Verfügungen, die Erfüllungswirkung haben, z.B. auch Unterlassungsverfügungen (sofern sie sich auf eine Hauptpflicht beziehen) dieser dritten Art zugerechnet.

II. Die näheren Voraussetzungen einstweiligen Verfügungs- erlasses

1. Der Verfügungsanspruch

a) Der Sicherungsanspruch

Mit der einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO soll die künftige Verwirklichung eines Rechts, das nicht auf Leistung einer Geldsumme⁴⁾ gerichtet ist, gesichert werden.⁵⁾

Auch bedingte und betagte Ansprüche sind durch einstweilige Verfügungen sicherbar.⁶⁾

1) Baumbach/Lauterbach Grdz. § 916 Anm. 2B, § 935 Anm. 1B, § 940 Anm. 3A, B; OLG Frankfurt, NJW 75, 392; LAG Hamm BB 1970, 885

2) Jauernig ZRP 79, 326; Baur/Stürner § 50 Rdnr. 920

3) Leipold S. 105 ff

4) Thomas/Putzo § 935 Anm. 2

5) Baur/Stürner S. 358 Rdz. 904

6) Baur/Stürner S. 358 Rdz. 904; Thomas/Putzo § 916 Anm. 2; Stein-Jonas § 935 II 2, Rdnr. 4

Entgegen früherer Ansicht¹⁾ ist heute allgemein anerkannt, daß auch künftige Ansprüche durch einstweilige Verfügungen abgesichert werden können, sofern Leistungs- oder Feststellungsklagen bereits zulässig wären. Das maßgebende Kriterium der Sicherbarkeit von künftigen Ansprüchen ist somit, daß sie jetzt schon klagbar sein müssen.²⁾ Dieses Erfordernis wird mit § 926 I ZPO begründet, der die Möglichkeit gibt, die Erhebung der Hauptsacheklage anzuordnen.³⁾ Grunsky⁴⁾ begründet die Möglichkeit, künftig entstehende Ansprüche mit einstweiligen Verfügungen abzusichern damit, daß eine saubere Trennung zwischen bedingten oder betagten Ansprüchen einerseits und erst künftig entstehenden Ansprüchen andererseits nicht möglich sei. Infolge dessen sei eine Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Sicherungsverfügung mit dieser begrifflichen Differenzierung nicht vorzunehmen. Vielmehr müssten die in Betracht kommenden Fälle daraufhin analysiert werden, ob bei ihnen ein schutzwürdiges Interesse an der Zulassung einer einstweiligen Verfügung bestehe.

Der Verfügungsanspruch muss nach den Bestimmungen des materiellen Rechts bestehen und schlüssig dargetan sein.⁵⁾ Insofern gilt grundsätzlich nichts anderes als bei der Geltendmachung des Rechts durch Leistungsklage. Die Erleichterung des Verfügungsverfahrens besteht nur darin, daß eine Glaubhaftmachung der tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlaß der beantragten Entscheidung ausreicht.⁶⁾

1) RGZ 74, 158, 160; Schleswig MDR 1955, 37; Furtner NJW 64, 745; und JUS 67, 174; Thomas/Putzo § 916 Anm. 2; Minnerop S. 67

2) Baumbach-Lauterbach § 916 3D; Baur/Stürner § 50 Rdnr. 904 und § 48 Rdnr. 837; Ullmann NJW 71, 1296

3) Stein-Jonas § 916 II, 3, Rdnr. 9

4) Stein-Jonas 935 II 2, Rdnr. 4

5) Baur/Stürner § 50 Rdnr. 905

6) Grunsky in Stein-Jonas § 935 2 III, Rdnr. 6

b) Der Regelungsanspruch

Die Regelung eines einstweiligen Zustandes im Interesse des Rechtsfriedens ist das Anliegen der in § 94o ZPO aufgeführten zweiten Form der einstweiligen Verfügung, ohne daß hier die Sicherung einer künftigen Vollstreckung im Vordergrund stünde.¹⁾ Daraus darf mit Grunsky²⁾ jedoch zu Recht nicht gefolgert werden, daß der Antragsteller keinen Anspruch glaubhaft machen muß.³⁾ Es geht nicht darum, ausschließlich das Interesse der Allgemeinheit zu schützen, sondern auch im Rahmen des § 94o ZPO sollen die Rechte des Antragstellers und somit der Rechtsfrieden geschützt werden. Nur so läßt es sich rechtfertigen, daß das Gericht auf einen Antrag angewiesen ist und nicht von Amts wegen eingreifen darf. Daß das Gesetz auf die Regelung eines Rechtsverhältnisses und nicht auf einen Einzelfall abstellt, erklärt sich daraus, daß aus dem Rechtsverhältnis im Regelfall Ansprüche für den Antragsteller erst entstehen, deren Realisierung durch die einstweilige Verfügung sichergestellt werden soll. Die Lage ist ähnlich wie bei der Feststellungsklage, wo es ja ebenfalls um ein Rechtsverhältnis geht, wobei aber gleichwohl niemand auf den Gedanken kommt, das Interesse der Beteiligten sei durch das Allgemeininteresse überlagert.⁵⁾ Die vorzunehmende Schlüssigkeitsprüfung hat sich nicht an dem konkreten Anspruch, sondern an dem Rechtsverhältnis zu orientieren, d.h. der Richter muss prüfen, ob die vom Antragsteller vorgetragenen Tatsachen das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses ergeben, aus dem ein Anspruch erwachsen kann.⁶⁾

1) Bauer/Stürner §5o , Rdnr. 899; Baumbach-Lauterbach § 94o, Anm. 1

2) Stein-Jonas § 94o I Rdnr. 1; a.A. Thomas/Putzo § 94o Anm. 2; BFH NJW 7o, 1392; differenzierend Hadding ZHR 13o, 1 (2o)

3) Baur/Stürner § 5o Rdnr. 914; Baur "Studien" S. 28 ff; Leipold S. 17; Baumgärtel AcP 168, 4o2; Wenzel MDR 67, 889, 892; a.A. Hobbeling S. 31

4) Minnerop S. 61 ff

5) Minnerop S. 63

6) Baumbach-Lauterbach § 94o Anm. 2; Stein-Jonas § 94o I Rdnr.2

Besonders deutlich lässt sich diese Kontroverse in Zusammenhang mit der kürzlich entschiedenen Frage des Weiterbeschäftigungsanspruches eines Arbeitnehmers während eines Kündigungsrechtsstreits darstellen.¹⁾ Das BAG lehnt einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während eines Kündigungsrechtsstreites grundsätzlich ab. Da die h.M. auch im Bereich des § 94o ZPO das Bestehen bzw. das grundsätzlich mögliche Entstehen eines Anspruchs zu Grunde legt, kann dem Arbeitnehmer auch nicht im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes weitergeholfen werden.²⁾ Entgegen der Ansicht des BAG kommt eine Mindermeinung³⁾ durch einen eleganten Ausweg über § 94o ZPO gleichwohl zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch. Sie geht davon aus, § 94o ZPO diene nicht der Sicherung eines bestimmten Anspruchs, hier des Weiterbeschäftigungsanspruches als solchem, sondern betreffe eine einstweilige Regelung in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, hier das infolge der Kündigungsschutzklage in seinem Bestand streitige Arbeitsverhältnis. Durch den Verzicht auf die Glaubhaftmachung eines Regelungsanspruchs, der entweder schon besteht oder zumindest noch zur Entstehung gelangen kann, ist es möglich, daß ein Antragsteller einen offensichtlich nicht bestehenden Anspruch einstweilen realisieren kann.

1) Denck NJW 83, 255 (259)

2) Vgl. Brill BB 1982, 623 f
Die Instanzgerichte setzen sich zum Teil darüber hinweg, (z.B. ArbG Wilhelmshaven, Betr. 1978, 306 ; LAG Hamburg Betr. 1978, 1792) und billigen dem Arbeitnehmer auch einstweiligen Beschäftigungsschutz zu. Das BAG kann hieran nichts ändern, denn Rechtsmittel zum BAG finden insoweit nicht statt. (siehe dazu Thomas/Putzo § 922 Anm. 4 a und b)

3) G.Hueck in AP § 611 BGB-Beschäftigungspflicht- Nr. 7;
Reuter in SAE 1978, 249; Klebe-Schumann S. 399;
Jobs in AuR 1981, 19 f; Richardi JZ 78, 485 (493)

Der Begriff des Rechtsverhältnisses ist großzügig auszulegen. Darunter fallen außer den absoluten Rechten, wie Namensrechte, Urheberrechte, Patentrechte, Besitz, nachbarrechtliche Verhältnisse, obligatorische Rechtsverhältnisse, namentlich Gesellschaftsverhältnisse, Dienst- und Lehrverhältnisse, Sukzessivlieferungsverhältnisse, Mietverhältnisse, und überhaupt Schuldverhältnisse aller Art, die nicht auf einmalige Leistung gerichtet sind. Daß das Rechtsverhältnis von längerer Dauer ist, wird nicht gefordert. ¹⁾ Abzustellen ist auf das praktische Bedürfnis an der Regelung. Ist ein solches Bedürfnis zu bejahen, so darf das Gesuch nicht mit der begrifflichen Regelung, es fehle an einem Rechtsverhältnis, abgelehnt werden. ²⁾ Ein anhängiger Rechtsstreit ist kein Rechtsverhältnis; hier ist nur Aussetzung im Rahmen des anhängigen Verfahrens statthaft. ³⁾

Streitig ist das Rechtsverhältnis nicht nur, wenn es bestritten wird, sondern auch wenn es durch Handlungen verletzt wird. ⁴⁾ Es genügt aber auch, wenn der Antragsgegner das Recht des Antragstellers bestreitet, das Recht des Antragstellers braucht also nicht bereits verletzt sein. ⁵⁾ Die bloße Besorgnis eines unerlaubten Eingriffs reicht dann aus, wenn diese Besorgnis schon erheblich ist. Eine allgemeine Ungewißheit reicht also nicht aus. ⁶⁾

1) Baumbach-Lauterbach § 94o Anm. 2; Stein-Jonas § 94o II 1 Rdnr. 4; II 2 Rdnr. 6

2) Stein-Jonas § 94o II. Rdnr. 4 unter Verweisung auf Grunsky "Grundlagen des Verfahrensrechts" § 38 II 2

3) Stein-Jonas § 94o II 2 Rdnr. 6

4) Baumbach-Lauterbach § 94o 2 A; Stein-Jonas § 94o II 1 Rdnr. 5

5) Baumbach-Lauterbach § 94o Anm. 2

6) Wieczorek § 94o Anm. B II; Baumbach-Lauterbach § 94o Anm. 2

2. Der Verfügungsgrund

a) Der Sicherungsgrund

Der Erlaß einer Sicherungsanordnung setzt weiter die objektiv begründete, glaubhaft gemachte Gefahr voraus, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die Gefährdung muss objektiv und konkret sein,¹⁾ eine nur subjektive Besorgnis reicht nicht aus.²⁾ Die Gefahr liegt nicht wie beim Arrest in der Veränderung der Vermögensverhältnisse des Antragsgegners, sondern in der des individuellen Streitgegenstandes.³⁾

Im allgemeinen unterscheiden die Gerichte nicht zwischen den Gründen des § 940 ZPO und denjenigen des § 935 ZPO,⁴⁾ so daß die folgenden Ausführungen zum Regelungsgrund auch für den Sicherungsgrund Berücksichtigung finden können.

b) Der Regelungsgrund

Die einstweilige Regelung nach § 940 ZPO muss notwendig sein, d.h. es muss für den Antragsteller das Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz vorliegen.⁵⁾ Das Gesetz sieht als Verfügungsgrund insbesondere die Abwendung wesentlicher Nachteile und die Verhinderung drohender Gewalt vor. Im Gegensatz zum Recht von

1) Ffm GRUR 78; 636

2) KG JW 38, 1274

3) Stein-Jonas § 935 III 1, Rdnr. 12

4) OLG Frankfurt NJW 75, 392

5) Stein-Jonas § 940 III 1 Rdnr. 7

New York schließt die Möglichkeit, den drohenden Schaden zu erstatten, den Begriff des wesentlichen Nachteils nicht aus.¹⁾

Nach der Ansicht der Gerichte und der Literatur²⁾ ist bei dieser Prüfung prinzipiell nur von den Interessen des Antragstellers auszugehen. Die Interessen des Antragsgegners sollen außer Betracht bleiben. Vereinzelt werden jedoch auch in der Rechtssprechung die Interessen des Antragsgegners mit denen des Antragstellers abgewogen.³⁾ In der neueren Literatur wird zunehmend die Ansicht vertreten, ein Regelungsgrund könne nur dann vorliegen, wenn eine Güterabwägung zu Gunsten des Antragstellers ausgefallen sei.⁴⁾

c) Die dogmatische Einordnung des Verfügungsgrundes

Der Begriff des Verfügungsgrundes erscheint in den §§ 917 II, 920 II ZPO, ohne daß er dort näher definiert wird. Sein Wesen lässt sich jedoch aus dem Gesetz ableiten. Als Grund für die Eilentscheidung wird regelmässig eine Gefährdung angesehen. Die Gefährdung muss so sein, daß sie die Abwendungsmaßnahme dringend erscheinen lässt.⁵⁾ "Dringlichkeit" wird daher oft als Synonym für den Verfügungsgrund verwandt.⁶⁾ Das Erfordernis der Dringlichkeit ist darauf zurückzuführen, daß nur die Notwendigkeit einer raschen Entscheidung es rechtfertigen kann, ohne vollwertigen Prozeß in die Rechte des Antragsgegners einzugreifen.⁷⁾ Deshalb ist es sinnvoll schon den Zugang

1) Stein-Jonas § 940 III 2, Rdnr. 10; Fritze GRUR 79, 292
Wieczorek § 935 Anm. B II und § 940 CI; a.M. Hans. OLG
GRUR 50, 81

2) OLG Düsseldorf WRP 69, 41; OLG Hamburg WRP 74, 174
Wieczorek § 940 Anm. C I; Thomas Putzo § 940 Anm. 3

3) Baumbach-Lauterbach § 940 2 B; Hamburg MDR 60, 849;
München GRUR 55, 335; Braunschweig BB 57, 1121;
OLG Frankfurt WRP 63, 316; OLG Hamburg WRP 74, 174
OLG Düsseldorf WRP 69, 41

4) Baur BB 64, 608; Stein-Jonas § 940 III Rdnr. 12;
Jauernig NJW 75, 1419; Leipold S. 53, 69, 89, 96;
Schilken S. 129; Baur/Stürner § 50 Rdnr. 916;
Richardi JZ 78, 485 (492)

5) Teplitzky JUS 81, 123

6) Pastor Kapitel 27 I S. 240; Nirk-Kurtze Rdnr. 220, 224

zu diesem besonderen Verfahren nicht in das Belieben der angreifenden Partei zu stellen, sondern von der Voraussetzung des Vorliegens des Verfügungsgrundes abhängig zu machen¹⁾ und somit eine überflüssige Belastung der Gerichte zu vermeiden. Es handelt sich bei dem Verfügungsgrund, seinem Wesen und seiner Funktion nach um eine besondere Art des Rechtsschutzbedürfnisses.²⁾ Die Gegenmeinung³⁾ stützt ihre Auffassung vor allem auf die praktische Erwägung, daß die Zuordnung des Verfügungsgrundes zur Zulässigkeit die Konsequenz habe, daß der Verfügungsgrund auch dann mit logischem Vorrang geprüft werden müsse, wenn die Notwendigkeit der Zurückweisung aus anderen (materiellen) Gründen schon klar erkennbar sei. Qualifiziert man jedoch den Verfügungsgrund als besondere Art des Rechtsschutzbedürfnisses, dann passen auf ihn auch die Gründe, aus denen die Rechtsprechung mit Zustimmung der Literatur⁴⁾ heute beim Rechtsschutzbedürfnis das Prinzip des absoluten, logischen Vorrangs der Zulässigkeitsprüfung durchbricht. Diese Durchbrechung hat zur Folge, daß beim ersichtlichen Fehlen einer Begründetheitsvoraussetzung die an sich vorrangige Frage der Dringlichkeit offen gelassen und der Antrag ausnahmsweise als materiell-rechtlich unbegründet zurückgewiesen werden kann.

1) Teplitzky JUS 81, 123

2) v. Gamm WRP 68, 312; Stein-Jonas § 94o III 1 Rdnr. 7; Bruns ZV, S. 225; Jauernig ZRP 79, 32; Neumann ZRP 59, 371 Vinck S. 292

3) Schilken S. 124; Baumgärtel S. 405; Baur "Studien ..." S. 77; J. Blomeyer S. 45; K. Blomeyer ZRP 65, 61 (62) Minnerop S. 36 ff; Thomas/Putzo § 935 Anm. 1 d; Zöller-Stephan § 917 II, Anm. 3; Unklar Stein-Jonas § 917 I 1b Rdnr. 2 (einerseits) u. § 94o III 1, Rdnr. 7 (andererseits)

4) BGH NJW 78, 2031 (2032) ; Lindacher ZRP 90, 131 (137)

d) Die Dringlichkeitsvermutung

Der Antragsteller ist von der glaubhaften Darlegung eines Verfügungsgrundes in den Fällen der §§ 885 I, 899 II 2 BGB und § 25 UWG befreit. Bei dem Antrag auf Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs liegt die Gefährdung bereits in der Publizitätsfunktion des Grundbuchs.¹⁾ In Wettbewerbssachen ergibt sich aus

dem § 25 UWG, daß es das Gesetz für den Antragsteller als unzumutbar ansieht, den Nachweis der Dringlichkeit zu erbringen. Die Dringlichkeit wird kraft Gesetzes im Rahmen von Wettbewerbsstreitigkeiten vermutet.

§ 25 UWG hat nicht die Aufgabe, einstweilige Verfügungen völlig unabhängig von jeder Notwendigkeit zu erlassen; es geht vielmehr allein darum, den Antragsteller nicht an Beweislücken scheitern zu lassen.²⁾ Diese gesetzliche

Vermutung ist widerlegbar. Hat der Antragsteller längere Zeit einen Wettbewerbsverstoss hingenommen, so zeigt er damit, daß für ihn keine Dringlichkeit einer sofortigen Abhilfe besteht.³⁾

3. Die Interessenabwägung

Zweifelhaft und umstritten ist die Frage, ob bei der sichernden und der regelnden einstweiligen Verfügung auf eine materielle Schlüssigkeitsprüfung zu Gunsten einer Interessenabwägung vollkommen verzichtet werden kann, bzw. ob zusätzlich zur materiellen Schlüssigkeitsprüfung eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. In der zivilprozessualen

1) Baur/Stürner § 50 Rdnr. 906

2) Stein-Jonas § 94o III 1 Rdnr. 9

3) Stein-Jonas § 94o III 1 Rdnr. 7

Literatur wird die Frage, ob eine einstweilige Maßnahme zu erlassen ist, regelmässig nicht von einer Interessenabwägung abhängig gemacht. Im Rahmen des § 935 ZPO wird das Interesse des Antragsgegners regelmässig überhaupt nicht erwähnt. Bei § 940 ZPO wird teilweise sogar besonders betont, es sei grundsätzlich nur vom Interesse des Antragstellers auszugehen, während das Interesse des Antragsgegners nur ausnahmsweise beachtet werden dürfe.¹⁾ Anstelle einer Interessenabwägung stellt die h.M. in Rechtsprechung und Literatur ausschliesslich auch eine Vorausprüfung der materiellen Rechtslage ab. Es wird sowohl im Rahmen des § 935 ZPO als auch § 940 ZPO von dem Antragsteller verlangt, daß er das zu sichernde subjektive Recht bzw. das streitige Rechtsverhältnis glaubhaft macht. Die führenden Kommentatoren²⁾ gehen in ihren Kommentierungen noch nicht einmal auf die in der Literatur erörterte Möglichkeit einer Interessenabwägung ein. Erstmals Baur³⁾ durchbrach die festgefügte These, dies jedoch nur für die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO. Anders als in § 935 ZPO orientiere sich die einstweilige Verfügung in § 940 ZPO nicht an dem "Recht" des Antragstellers, sondern an einem "streitigen Rechtsverhältnis", mit dessen Regelung ganz allgemein der Rechtsfrieden bewahrt werden sollte. Daher könne in Fällen besonderer

1) Leipold S. 89; Stein-Jonas § 940 III 4 Rdnr. 12; Löffler NJW 54, 1488; Thomas/Putzo § 940 Anm. 3; Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 2 B; Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung wird dagegen für den speziellen Fall einstweiliger Verfügungen gegen Arbeitskampfmaßnahmen von Heckelmann ArbUR 70, 176 und Zeuner RdA 71, 7 hervorgehoben

2) Baumbach-Lauterbach § 935 Anm. 1, § 940 Anm. 1; Thomas/Putzo § 935 Anm. 1 u. 2, § 940 Anm. 1 u. 2 Ausnahme: Stein-Jonas § 936 Anm. II Rdnr. 3 u. § 935 II 3 Rdnr. 6, 10, § 940 I u. II, Rdnr. 12

3) Baur BB 1964, 608

Eilbedürftigkeit auf eine genaue materiell-rechtliche Überprüfung verzichtet werden und allein auf Grund einer Interessenabwägung entschieden werden. An anderer Stelle ¹⁾ konkretisierte Baur seine Auffassung dahingehend, daß sich eine Interessenabwägung nicht in allen unter § 940 ZPO einzuordnenden Fallgruppen durchführen lasse. Handele es sich um einstweilige Verfügungen, die im Bereich von Gestaltungsrechten ergingen oder die zur zeitweiligen Befriedigung des Antragstellers führten, so sei eine vorgängige Schlüssigkeitsprüfung ebenso geboten, wie bei der Verfügung nach § 935 ZPO. Bezwecke die beantragte Maßnahme dagegen die einstweilige Aufrechterhaltung einer Personenverbindung oder die einstweilige Regelung von Mitgliedschaftsrechten, so sei bei zeitlich besonders dringlichem Zugriff eine an den "Störer" der Ordnung gerichtete einstweilige Anordnung ohne nähere rechtliche Prüfung zulässig. ²⁾ Je schwerer freilich die Anordnung in die Sphäre des Antragsgegners eingreife, je mehr sie zu irreparablen Verhältnissen führe, desto strengere Anforderungen müssten an die Prüfung der materiellen Rechtslage und an die Glaubhaftmachung der tatsächlichen Behauptungen gestellt werden.

Diese Gedanken Baur's stießen in der Literatur auf Ablehnung. Baumgärtel ³⁾ findet es bedenklich, daß sich Baur auf einen rechtspolizeilichen Charakter der gerichtlichen Anordnung beruft. Nach seiner Ansicht sollten die Richter auch in dringenden Fällen verpflichtet sein, eine materiell-rechtliche Prüfung der Behauptung des Antragstellers vorzunehmen. Wenzel ⁴⁾ ist der Ansicht, daß die These Baur's

1) Baur "Studien ..." S. 28 ff

2) Baur "Studien ..." S. 34 geht davon aus, daß Anordnungen in diesem Bereich, einen rechtspolizeilichen Charakter haben.

3) Baumgärtel AcP 168, 403

4) Wenzel MDR 67, 892

nur vertretbar sei, wenn das Gericht im einstweiligen Verfügungsprozeß an keine Anträge gebunden wäre und nach der Officialmaxime prozedieren und so die "im ersten Zugriff" für richtig gehaltene Maßnahme jederzeit korrigieren könnte.

Es gibt aber auch Stimmen in der Literatur, die Baur darin zustimmen, daß im Rahmen des § 94o ZPO Interessenabwägungen vorgenommen werden müssen, ¹⁾ wenigleich diese Meinungen oft nur vertreten werden, um eine Trennung von § 935 ZPO und § 94o ZPO dogmatisch zu rechtfertigen. ²⁾

Grunsky ³⁾ hält lediglich eine oberflächlichere Schlüssigkeitsprüfung in besonders dringenden Fällen für möglich. Leipold ⁴⁾ hat in seiner Habilitationsschrift die Gedanken Baur's aufgegriffen und weiterentwickelt. Leipold hält die Durchführung einer Interessenabwägung, sowohl für den Fall der Sicherungsverfügung, als auch für den Fall der Regelungsverfügung für unabdingbar. Er begründet dies u.a. damit, daß es nicht Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes sei, Rechtsgewißheit über die Rechtslage zu schaffen und dadurch dem Rechtsstreit ein Ende zu setzen, vielmehr erschöpfe sich der Zweck der einstweiligen Verfügung in einer Zwischenregelung, um den Zeitraum bis zur endgültigen Regelung zu überbrücken. Eine sichere Feststellung der Tatsachen- und Rechtslage sei im Rahmen des Eilverfahrens nur ausnahmsweise möglich. Falls somit eine Vorausprüfung der Hauptsache keine eindeutigen Ergebnisse zeitige, müsse der Erlaß einer einst-

1) Arens Peter S. 75 (86)

2) Schilken S. 127; Hobbeling S. 88 a

3) Stein-Jonas § 94o Anm. I RdNr. 3

4) Leipold S. 83 ff

weilige Verfügung von einer Abwägung der Interessen des Antragstellers und Antragsgegners abhängig gemacht werden.

3. Kapitel:

Die Leistungsverfügung und die daraus folgende Vorwegnahmeproblematik

I. Allgemeines

Sowohl die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO als auch die nach § 940 ZPO sollen zu keiner Befriedigung des Antragstellers führen, sondern lediglich eine spätere Befriedigung sichern. Die Praxis ist seit langem über diese Grenzen hinausgegangen.¹⁾

Soweit ein Aufschieben der Erfüllung dazu führen würde, daß der Anspruch praktisch nicht mehr realisiert werden kann, ist heute anerkannt, daß durch einstweilige Verfügung zur sofortigen Erfüllung des Anspruchs verurteilt werden kann.²⁾ (sog. Leistungsverfügung)³⁾

Positiv rechtliche Anhaltspunkte für Leistungsverfügungen sind in verschiedenen Stellen vorhanden, so beispielsweise § 1615 o BGB, § 11 a GebrMG, § 61 Satz 2 UrhG, § 25 UWG. Über die dogmatische Zuordnung der Befriedigungsverfügung besteht, wie bereits oben auf Seite 101 ausgeführt in Literatur und Rechtssprechung keine Einigkeit.⁴⁾

Über die grundsätzliche Zulässigkeit der Befriedigungsverfügung hinaus ist allgemein anerkannt, daß für eine Befriedigungsverfügung besondere Gründe vorliegen müssen, die die Position des Klägers noch schutzwürdiger erscheinen lässt, als dies bei einer "normalen" einstweiligen Verfügung ohnehin der Fall ist. Eine abstrakt verallgemeinernde Lösung ist nicht möglich, so daß sich in

1) Grunsky in Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 RdNr. 31

2) Grunsky in JUS 1976, 277 (283); Richardi JZ 78, 492

3) Dieser Ausdruck stammt von Jauernig ZRP 1966, 79, 321 (323)

4) Gerhard § 18 III 2a

Rechtsprechung und Lehre Fallgruppen herausgebildet haben, in denen besondere Gründe dafür sprechen, zu Gunsten des Klägers eine Befriedigungsverfügung zu erlassen.¹⁾

Einheitlich für alle Fallgruppen können schon vorab zwei Erfordernisse aufgestellt werden, die für jeden Fall der Befriedigungsverfügung erfüllt sein müssen:

- Da mit der Befriedigungsverfügung, stärker noch als mit der Sicherungsverfügung, in Rechte des Beklagten eingegriffen werden kann und dem Beklagten nicht die gleichen Rechtsschutzgarantien des ordentlichen Verfahrens zur Seite stehen, müssen an die Glaubhaftmachung, sowohl des Leistungsanspruchs, als auch des Grundes besonders scharfe Anforderungen gestellt werden.²⁾
- Während für die Sicherungs- und Regelungsverfügung nicht bezweifelt werden kann, daß auch Maßnahmen angeordnet werden können, die von dem Antragsteller nicht in dem Sinn geschuldet werden, daß ein materiell-rechtlicher Anspruch darauf besteht (erforderlich ist nur, daß mit den Maßnahmen der Hauptsacheanspruch gesichert werden kann), muß eine Leistungsverfügung streng am materiellen Recht ausgerichtet werden, d.h. es darf keine Verurteilung erfolgen, von der jetzt schon feststeht, daß sie nach materiellem Recht nicht

1) Grunsky in Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdnr. 32

2) Baur BB 64, 609; Gaul FamRZ 58, 159 f; LG Karlsruhe FamRZ 69, 41; Baur "Studien ..." S. 33, 57; Baumbach-Lauterbach Grdz Vor § 916 Anm. 2 Cb; Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdn. 37; a.A. Leipold S. 117 ff

geschuldet wird.¹⁾

- Darüberhinaus verlangt K. Blomeyer²⁾, daß eine Befriedigungsverfügung dann nicht erlassen werden sollte, wenn damit zu rechnen sei, daß der Antragsgegner für den Fall, daß er in der Hauptsache obsiegt, keinen Schadensersatz zu erlangen vermag.

II. Der Anspruch auf Geldzahlung zur Befriedigung dringender Bedürfnisse

Zahlungsverfügungen wurden ursprünglich nur zur Durchsetzung von Unterhaltsverpflichtungen erlassen. Einige dieser Fallgruppen sind heute vom Gesetzgeber positiv geregelt (z.B. § 1615 o BGB), aber auch teilweise in dem Bereich der sogenannten "einstweiligen Anordnung" verlagert. Mittlerweile ist allgemein anerkannt, daß sich die Zulässigkeit von Befriedigungsverfügungen nicht nur auf Unterhaltsansprüche im Sinne der Systematik des BGB beschränkt, sondern grundsätzlich bei jeder Geldforderung eine einstweilige Verfügung auf sofortige Erfüllung ergehen kann.³⁾

Es muss ausreichen, daß der Gläubiger das Geld zum Bestreiten seines Lebensunterhaltes benötigt. Die im Rahmen von Befriedigungsverfügungen zweifellos zu machenden Einschränkungen betreffen somit zutreffender Weise nicht die Art des Verfügungsanspruches, sondern vielmehr den Verfügungsgrund.⁴⁾ Der normale Verfügungsgrund, d.h. daß ohne einstweilige Verfügung der Anspruch

1) Grunsky JurA 1970, 726; Baur/Stürner § 50 Rdnr. 923

2) K. Blomeyer ZZP 65, 65 (66)

3) Teplitzky JUS 1980, 885; Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 3 Aa; Schilken S. 143; Stein-Jonas Vor § 935 IV 2c Rdnr. 41; Leipold S. 121 f

4) Grunsky JurA 70, 729

ggfs. nicht mehr realisiert werden könne, reicht nicht aus. Erforderlich ist, daß der Gläubiger sich in einer Notlage befindet.¹⁾ Eine derartige Notlage ist vorallem dann gegeben, wenn der Gläubiger das Geld zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes benötigt.²⁾ Daneben kommen Ausgaben zur Erhaltung der Gesundheit³⁾ oder zur Abwendung bedeutender Vermögensschäden⁴⁾ in Betracht. Die Notlage muss zum Zeitpunkt des beantragten Verfügungserlasses bestehen, es ist somit nicht möglich, Geldzahlungsansprüche für einen bereits in der Vergangenheit liegenden Zeitraum zu verlangen.⁵⁾ Eine Notlage besteht auch, wenn neben dem in Anspruch Genommenen noch weitere Schuldner vorhanden sind, deren Inanspruchnahme zur Beseitigung der Notlage jedoch nicht geeignet ist, z.B. weil der Antragsteller seine Ansprüche gegen diese erst noch im Klagewege durchsetzen müsste. Genausowenig kann es dem Gläubiger zugemutet werden, vorhandenes Vermögen in unwirtschaftlicher Weise zu veräußern oder Sozialhilfeansprüche in Anspruch zu nehmen.⁶⁾

Die Notlage bestimmt nicht nur den Erlaß der einstweiligen Verfügung, sondern auch ihren Inhalt, d.h. eine Verurteilung kann nur soweit erfolgen, wie dies

1) Baur "Studien..." S. 57; Jauernig ZP 79 (1966), 321
338 Fußnote 49; Rosenberg 9. Aufl. § 214 I 2 S. 1105;
Thomas/Putzo § 940 Anm. 4; Finken S. 128, 145 ff;
Schuler NJW 59, 1801; Faupel DB 1971, 868 f

2) Stein-Jonas Vor § 935 IV 2 b Rdnr. 39

3) Köln MDR 59, 398

4) Düsseldorf MDR 60, 58; Baur/Stürner § 50 Rdnr. 922

5) LG Bochum MDR 67, 921; LG Karlsruhe FamRZ 69, 41;
Baumbach - Lauterbach § 940 Anm. 3 B Ehe und Familie
OLG Celle FamRZ 79, 802

6) LG Hamburg MDR 66, 147; Reinheimer FamRZ 69, 389

zur Behebung der Notlage erforderlich ist.¹⁾ Die durch eine einstweilige Verfügung auf Geldleistung bewirkte Gefährdung der Vermögensinteressen des Inanspruchgenommenen, der vielleicht nichts schuldet und wegen der dürftigen Vermögensverhältnisse des Gläubigers, die ja schliesslich erst zum Erlaß der einstweiligen Verfügung führen, später nicht in der Lage ist, seinen Schadensersatzanspruch zu realisieren, lässt es geboten erscheinen, bei einer einstweiligen Verfügung auf periodisch fällige Unterhaltszahlungen die Wirkung der einstweiligen Verfügung von vorneherein zeitmässig durch Auflegung einer Frist zu beschränken. Nach Ablauf der Frist kann der Antragsteller dann erneut den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stellen.²⁾

III. Der Anspruch auf Unterlassung einer Handlung

Der in § 938 II ZPO vorgesehene Fall der Unterlassungsverfügung betrifft nur solche Unterlassungspflichten, die erforderlich sind, um einen außerdem gegebenen Hauptanspruch zu sichern.³⁾ Wird der Antragsgegner hingegen im Wege einer einstweiligen Verfügung zum Unterlassen einer Hauptpflicht verurteilt, so führt das zur Befriedigung des Antragstellers. Selbst wenn die untersagte Handlung nachholbar ist, vermag dies nichts daran zu ändern, daß der angebliche Hauptanspruch in der Vergangenheit erfüllt worden ist.³⁾

1) LAG Baden-Württemberg/Mannheim BB 68, 335; LAG Tübingen NJW 61, 2178; Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 3 B Ehe und Familie; Thomas/Putzo § 940 Anm. 4 a; KG NJW 69, 2019

Einige lassen die Pfändungsfreigrenze (KG NJW 69, 2019) andere den Sozialhilfesatz (LG Hamburg MDR 66, 147; LG Bochum MDR 67, 921, Celle VersR 60, 280) als Bemessungsfaktor ausschlaggebend sein, wieder andere orientieren sich ausschliesslich an den Gegebenheiten des Einzelfalles (OLG München NJW 60, 828; Schilken S. 143)

2) LG Krefeld MDR 70, 148; Grunsky Jura 70, 730;

ablehnend Schilken S. 144 Anm. 31; OLG Köln FamRZ 80, 349

3) Grunsky Jura 70, 735

Problematisch sind hauptsächlich die Fälle, in denen die Unterlassung in dem Sinn zeitgebunden ist, daß sie nur während einer gewissen Dauer geschuldet wird. Die Zeitgebundenheit vieler Unterlassungsansprüche bedeutet, daß es im summarischen Verfahren nur darum gehen kann, welcher Partei man das Risiko der ungerichtsfertigten Vereitelung ihres Rechts zumuten kann. Eine Sicherung ist hier nicht möglich und daher soll es gerechtfertigt sein, die einstweilige Verfügung zu erlassen, wenn der Anspruch des Antragstellers wahrscheinlich erscheint. Zwar wird damit der Antragsgegner zur Erfüllung des Anspruchs verurteilt, doch ist das deswegen hinzunehmen, weil die Ablehnung der einstweiligen Verfügung ebenfalls eine endgültige materiell-rechtliche Situation schafft.¹⁾

Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtssprechung löst den Interessenkonflikt von Antragsteller und Antraggegner somit zu Gunsten des Antragstellers. Sie rechtfertigt dies u.a. mit dem Argument, daß der Schwerpunkt der Unterlassungsverfügungen im Unternehmensschutz zu finden sei,²⁾ und daß in diesem Bereich die Sachverhalte meist unstrittig seien. Überdies seien gerade im Bereich des Unternehmensschutzes grundsätzlich beide Parteien an einer raschen Entscheidung interessiert, so daß von ihrem Einverständnis mit einer Entscheidung durch einstweilige Verfügung ausgegangen werden könne.³⁾ Grunsky⁴⁾ vertritt die Ansicht, daß Unterlassungsansprüche, die zeitgebunden sind, stets ohne Überprüfung des Verfügungsgrundes erlassen werden könnten.⁵⁾ Bei zeitgebundenen Ansprüchen würden, unabhängig davon, ob

1) Grunsky JUS 76, 284

2) Baur BB 64, 610

3) Grunsky JurA 1970, 737

4) Stein-Jonas Anm. IV 4 Vor § 935 Rdnr. 49 und Anm.VII 3 Rdnr. 71 und 72

5) Dütz BB 80, 5-3, 538; LAG München NJW 80, 957, 958

das begehrte Unterlassungsgebot ergeht oder nicht, ohnehin endgültige Verhältnisse geschaffen werden. Der wesentliche Nachteil des § 94o ZPO sei daher im drohenden Anspruchsverlust zu sehen. Da beiden Parteien ein Anspruchsverlust drohe, sei ihr Risiko gleich hoch und daher der Rechtsstreit zu Gunsten desjenigen zu entscheiden, der wahrscheinlich im Recht ist.

Die Ansicht wird in der Literatur bestritten.¹⁾ Unter dem wesentlichen Nachteil könne nur das übererfüllungsmäßige Interesse zu verstehen sein. Der eigentliche Sinn des Eilverfahrens sei nämlich die Abwehr von Gefahren für den Antragsteller und nicht die Durchsetzung von Rechtsnormen.

IV. Der Anspruch auf Herausgabe von Sachen

Die vorläufige Durchsetzung von Herausgabeansprüchen hat keine grosse praktische Bedeutung.²⁾ Sie kann, wie auch bei Zahlungsansprüchen, zur Behebung einer akuten Notlage erforderlich werden, wenn der Antragsteller beispielsweise auf den herauszugebenden Gegenstand zur Erzielung seines Lebensunterhaltes dringend angewiesen ist.³⁾ Der praktisch wichtigste Anwendungsfall ist jedoch der Anspruch auf Wiedereinräumung eines durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes. Die Zulässigkeit einer auf Rückgabe gerichteten einstweiligen Verfügung, die somit die Verwirklichung des materiellen Anspruchs bedeutet, ist einhellig anerkannt, obwohl die h.M. hierbei nicht auf das Moment der dringenden Erforderlichkeit zur Beseitigung einer Notlage abstellt.⁴⁾ Die h.M. begründet ihre Ansicht

1) Jauernig NJW 75, 1419; Zeuner RdA 71, 7; Heckelmann AuR 70, 177

2) Teplitzky JUS 80, 885

3) Stein-Jonas Vor § 935 Anm. IV 3 Rdnr. 45

4) Thomas/Putzo § 940 Anm. 4; Duffek NJW 66, 1345; Stein-Jonas Vor § 935 IV 3 Rdnr. 44

damit , daß das BGB die Eilbedürftigkeit schon damit zum Ausdruck bringe, daß sie gem. § 863 BGB das Verteidigungsvorbringen des Beklagten beschränke. Die Dauer eines normalen Prozesses würde die materiell-rechtlich anerkannte Eilbedürftigkeit unterlaufen, so daß bei den possessorischen Herausgabeansprüchen keine Notlage des Antragstellers vorliegen müsse.

V. Der Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung und Vornahme sonstiger Handlungen

Es ist umstritten, ob der Antragsgegner, abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Fällen der §§ 885, 889 BGB, durch einstweilige Verfügung zur Abgabe von Willenserklärungen verurteilt werden kann.¹⁾ Stellt die Abgabe der Willenserklärung nur eine Nebenpflicht dar, so bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer darauf gerichteten einstweiligen Verfügung.²⁾ Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung im Wege der einstweiligen Verfügung ist auch dann zulässig, wenn der Gläubiger darauf zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes dringend angewiesen ist.³⁾ Über diese Fälle hinaus kommt eine Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen grundsätzlich nicht in Betracht.⁴⁾ Nach h.M. darf durch einstweilige Verfügung kein Widerruf angeordnet⁵⁾, hingegen kann auf diesem Weg eine Gegendarstellung durchgesetzt werden, denn sie enthält keine Erklärung des Verletzers, sondern eine des Verletzten.⁶⁾ Zur Vornahme sonstiger Handlungen kann durch einstweilige Verfügung immer dann verurteilt werden, wenn der Gläubiger

1) Teplitzky DRiZ 82, 45

2) Baur/Stürner § 50 Rdnr. 925; Baur "Studien ..." S. 56

3) Stein-Jonas Vor § 935 IV 5 a Rdnr. 50; Grunsky JurA 1970, 738

4) Stein-Jonas Vor § 935 IV 5 a Rdnr. 51

5) Baur BB 64, 609

6) Teplitzky JUS 80, 885; Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 3 B Presserecht

auf die sofortige Erfüllung des Anspruchs dringend angewiesen ist, da er sich in einer akuten Notlage befindet. Beispiele sind die vorläufige Weiterlieferung von Strom oder Trinkwasser oder die Lieferung von Waren, auf die der Antragsteller zur Existenzhaltung angewiesen ist. ¹⁾

So hat das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung vom 15.3.1984 ²⁾ ausgeführt, daß eine einstweilige Verfügung auf Auskunftserteilung zulässig ist, wenn der Antragsteller auf die Durchsetzung des Anspruchs im Eilverfahren aus existenziellen Gründen dringend angewiesen ist, ein effektiver Rechtsschutz durch eine Auskunftsklage nicht erreicht werden kann und die Entscheidung für den Hauptprozess nicht vorgreiflich ist. Der Entscheidung lag der Fall zu Grunde, daß der Antragsteller gegen den Antragsgegner aus Warenlieferungen noch offenstehende Forderungen hatte, die durch einen verlängerten Eigentumsvorbehalt abgesichert waren. Über das Vermögen des Antragsgegners wurde der Konkurs eröffnet und der Antragsgegner verweigerte dem Antragsteller die Bekanntgabe der Adressen, an welche er die Waren des Antragstellers geliefert hatte. Der Antragsteller konnte daher die Kunden des Antragsgegners nicht über die sicherungshalber erfolgte Vorausabtretung der Forderung unterrichten, umso eine befreiende Zahlung derselben nach § 407 BGB an den Antragsgegner zu vermeiden. Zwar folgte das Oberlandesgericht Karlsruhe auch der in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig vertretenen Auffassung ³⁾, daß einst-

1) Stein-Jonas Vor § 935 IV 5 c Rdnr. 54

2) OLG Karlsruhe NJW 84, 1905

3) Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 3 B Auskunft, Rechnungslegung; Stein-Jonas Vor § 935 IV 5 b Rdnr. 53

weilige Verfügungen auf Erteilung einer Auskunft generell abzulehnen sind, sofern damit die Vorbereitung von Zahlungs- oder Herausgabeansprüchen bezweckt ist. Im vorliegenden Fall war der Antragsteller auf die Auskunftserteilung dringend angewiesen, da sie angesichts der Höhe der Forderungen und der Liquiditätsschwierigkeiten des Antragsgegners in ihrer Existenz bedroht wurde. Da täglich Zahlungen bei dem Antragsgegner eingehen konnten, war ihr eine Verweisung auf die gewöhnliche Auskunftsklage nicht zumutbar. Da das OLG Karlsruhe dem Antragsgegner aufgab, die Auskunft gegenüber einem Rechtsanwalt abzugeben, der nicht befugt war, die Namen der Kunden an die Antragstellerin weiterzugeben, sondern dessen Befugnisse sich nur auf eine Benachrichtigung der Kunden beschränkte, um § 407 BGB auszuschliessen, wurde durch den Inhalt der Entscheidung die Erfüllung des Auskunftsanspruches und die Erledigung der Hauptsache gerade vermieden.

4. Kapitel:

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des einstweiligen Verfügungsverfahrens

I. Allgemeines

Das einstweilige Verfügungsverfahren unterscheidet sich durch zahlreiche Eigenarten so grundlegend vom normalen Erkenntnisverfahren, daß es nicht als bloße Variante des letzteren, sondern als besondere Verfahrensart angesehen werden muss. Zwar kann wegen der unvollkommenen Regelung nicht darauf verzichtet werden, ergänzend auf Bestimmungen und Grundsätze des allgemeinen Prozeßrechts zurückzugreifen, es muss jedoch stets darauf geachtet werden, ob das Wesen und der Zweck des summarischen Verfahrens die Anwendung erlauben.¹⁾

1) Teplitzky JUS 1981, 122
Stein-Jonas Vor § 916 I 2 Rdnr. 5

Die streng zu wahrende Unterschiedlichkeit der Verfahren kommt darin zum Ausdruck, daß der Übergang aus dem summarischen Verfahren in das ordentliche Erkenntnisverfahren durch Antragsänderung, so sehr sich dies für den Fall der Leistungsverfügung auch anbietet, nach herrschender Meinung ausgeschlossen ist. Begründet wird dies mit dem nicht nur graduellen, sondern vorallem grundsätzlichen Unterschied, der sich aus dem unterschiedlichen Streitgegenstand beider Verfahren ergibt. ¹⁾

II. Die Selbständigkeit von Eil- und Hauptverfahren

Bei dem Eil- und Hauptverfahren handelt es sich, schon wegen des unterschiedlichen Streitgegenstandes, um zwei völlig voneinander unabhängige Verfahrensarten.

Die Einleitung des Eilverfahrens hat folglich nicht zur Voraussetzung, daß das Hauptverfahren schon anhängig ist oder gleichzeitig anhängig gemacht wird. ²⁾ Auch an den Erlaß einer einstweiligen Verfügung schliesst sich das Hauptverfahren nicht automatisch an. Dem Antragsgegner wird jedoch vom Gesetz die Möglichkeit eingeräumt auf den Antragsteller Druck zur Hauptsacheklageerhebung auszuüben. Der Antragsgegner kann nach §§ 926 Abs. 1, 936 ZPO den Antrag stellen, daß das Gericht dem siegreichen Kläger aufgibt, innerhalb einer bestimmten Frist Klage zur Hauptsache zu erheben. Leistet der Antragsteller dann dieser Anordnung nicht fristgerecht Folge, so hat dies die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 926 Abs. 2 ZPO

1) Teplitzky JUS 81, 122; Thomas/Putzo § 92o Anm. 1; Baumbach-Lauterbach § 92o Anm. 1 B; Pastor S. 341; Stein-Jonas § 92o Anm. I 3 Rdnr. 3; OLG Karlsruhe WRP 68, 456; OLG Hamm NJW 78, 58; OLG Karlsruhe WRP 77, 272

2) Baur/Stürner § 5o Rdnr. 834; Baumbach-Lauterbach § 935 Anm. 1

zur Konsequenz, sofern der Antragsgegner dies beantragt. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Aufhebungsantrag fehlt allerdings, wenn sich der Rechtsstreit zwischenzeitlich erledigt hat.¹⁾

III. Die Prozeßvoraussetzungen

Für die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen der deutschen Gerichtsbarkeit, der Zulässigkeit des Rechtsweges, der Partei- und Prozeßfähigkeit, sowie der Prozeßführungsbefugnis gelten im einstweiligen Verfügungsverfahren keine Besonderheiten, so daß sie keiner weiteren Erwähnung bedürfen.

1. Die Postulationsfähigkeit

Bei Verfahren vor dem Amtsgericht ist auch in einstweiligen Verfügungsverfahren keine Vertretung durch einen postulationsfähigen Anwalt notwendig. Vor dem Land- und Oberlandesgericht ist eine Vertretung durch einen postulationsfähigen Anwalt nur dann notwendig, wenn mündlich verhandelt wird. Das ergibt sich daraus, daß der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt werden kann (§§ 92o Abs. 3, 78 Abs. 2 ZPO). Anwaltszwang gilt folglich auch dann, wenn gegen den Erlaß der einstweiligen Verfügung vor dem Land- oder Oberlandesgericht Widerspruch eingelegt werden soll.

2. Die Zuständigkeit

a) Die sachliche und örtliche Zuständigkeit

Der Erlaß einstweiliger Verfügungen obliegt grundsätzlich dem Prozeßgericht der Hauptsache (§ 937 Abs. 2 ZPO) und unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise dem Amtsgericht (§ 942 Abs. 1, 2 ZPO). Das Gericht der Hauptsache bestimmt

1) OLG Hamburg MDR 70, 935
BGH NJW 73, 1329

sich rein faktisch danach, bei welchem Gericht die Hauptsache bereits anhängig ist (§ 943 Abs. 1 ZPO), bzw. bei welchem Gericht die Hauptsache anhängig zu machen wäre.¹⁾ Entscheidend ist also der Streitwert der Hauptsache, denn der Streitwert der einstweiligen Verfügung ist grundsätzlich niedriger als der des Hauptsacheverfahrens, da mit der einstweiligen Verfügung keine Befriedigung, sondern nur die Sicherung des Anspruchs bezweckt wird. Die Zuständigkeit der ersten Instanz endet mit der Einlegung der Berufung und beginnt wieder mit der Rechtskraft des Berufungsurteils bzw. mit der Einlegung der Revision, da in der Revisionsinstanz keine Tatsachenentscheidungen getroffen werden.²⁾ Diese korrespondierende Zuständigkeitsregelung dient der Prozeßökonomie, da die Richter, die mit der Hauptsache befaßt sind, aus der Kenntnis der Rechts- und Sachlage heraus schneller eine Entscheidung im vorläufigen Verfahren treffen können.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz des Antragsgegners (§§ 12 ff ZPO). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit ist gemäss § 802 ZPO ausschliesslich. Ausnahmsweise darf auch das Amtsgericht, das nicht Gericht der Hauptsache ist, gemäss § 942 Abs. 1 ZPO die einstweilige Verfügung erlassen. § 942 ZPO eröffnet jedoch nur eine Eilzuständigkeit des Amtsgerichts, d.h. das Amtsgericht ist nur in dringenden Fällen zuständig. Da bei einer einstweiligen Verfügung die Dringlichkeit in der Natur der Sache liegt, muß es sich bei § 942 Abs. 1 ZPO um einen Fall besonderer Dringlichkeit handeln. Diese besondere Dringlichkeit ist gegeben, wenn die Anrufung des an sich zuständigen Hauptsachegerichtes für den Antragsteller eine nachteilige Verzögerung brächte.⁴⁾ Von einer solchen Verzögerung kann

1) Zöllner-Stephan § 919 Anm. 4 u. 9

2) BGH WPM 76, 134, 1201; Thomas/Putzo § 943 Anm. 1

3) Baumbach-Lauterbach § 937 Anm. 1

4) Lempp NJW 75, 920

grundsätzlich dann nicht ausgegangen werden, wenn sich das Amtsgericht an dem selben Ort wie das an sich zuständige Hauptsachengericht befindet¹⁾, es sei denn, daß die Verzögerung in dem Geschäftsbetrieb eines Kollegialgerichts gesehen werden kann.²⁾ Es wird über § 942 Abs. 1 ZPO die Eilzuständigkeit des Amtsgerichtes begründet, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet.

Die Regelung des § 942 Abs. 1 ZPO ist rechtspolitisch nicht unbedenklich, denn damit ist dem Antragsteller die Wahl zwischen zwei Gerichten gegeben. Diese Besonderheit kann sich in der Praxis nachteilhaft auswirken, zumal wenn man die unterschiedliche Rechtsprechungspraxis der Gerichte bedenkt.³⁾ Diese rechtspolitischen Bedenken relativieren sich jedoch angesichts der Tatsache, daß § 942 Abs. 1 ZPO nur eine Teilzuständigkeit begründet. Der Amtsrichter muss von Amts wegen eine Frist bestimmen, innerhalb der die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung bei dem Gericht der Hauptsache zu beantragen ist. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die einstweilige Verfügung aufzuheben. Durch die in § 942 Abs. 1 ZPO begründete Eilzuständigkeit des Amtsgerichts wird an der grundsätzlichen Zuständigkeit des Hauptsachengerichts nichts geändert. Das Amtsgericht ist nur für den Erlass der einstweiligen Verfügung und ihre Aufhebung nach § 942 Abs. 3 ZPO zuständig.⁴⁾ Der Antragsgegner kann beim Amtsgericht also keinen Widerspruch einlegen bzw. keinen Aufhebungsantrag nach §§ 926, 927 ZPO stellen.⁵⁾

1) Stein-Jonas § 942 Anm. I Rdnr. 2

2) Baumbach-Lauterbach § 942 Anm. 2

3) Blomeyer ZZP 65, 55

4) Baur/Stürner § 51 III 3 b bb Rdnr. 937

5) OLG Koblenz NJW 63, 1460; Baumbach-Lauterbach § 942 Anm. 1

Gem. § 942 Abs. 2 ZPO ist das Amtsgericht neben dem Hauptsachegericht auch dann zum Erlaß einstweiliger Verfügungen berechtigt, wenn mit ihnen die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, des Schiffsregisters oder des Schiffsbauregisters begehrt wird.

b) Die funktionelle Zuständigkeit

Bei Kollegialgerichten ist grundsätzlich die Kammer funktionell zuständig und sofern die Sache einem Einzelrichter übertragen ist dieser (§ 348 ZPO). Gem. § 944 ZPO ist der Vorsitzende allein funktionell zuständig, wenn ein dringender Fall vorliegt, d.h. die Entscheidung durch das Kollegium eine nachteilhafte Verzögerung für den Antragsteller bedeutet und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht vorgeschrieben ist.

3. Die ordnungsgemässe Antragstellung

Einstweilige Verfügungen können nur auf Antrag, niemals von Amts wegen ergehen.¹⁾ Der Antrag ist schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle anzubringen (§ 92o Abs. 3 ZPO). Der Antrag muss den zu sichernden Anspruch bezeichnen und auf das richtige Sicherungsmittel gerichtet sein. Da Arrest- und einstweilige Verfügung verschiedene Anordnungen darstellen, die sich ihrer unterschiedlichen Voraussetzungen wegen regelmässig ausschliessen²⁾, ist der falsch gestellte Antrag, z.B. das Begehren eine Geldforderung durch eine einstweilige Verfügungsmaßnahme zu sichern, als unzulässig zurückzuweisen.³⁾ Allerdings ist es dem Antragsteller nach überwiegender Meinung möglich, seinen Antrag umzustellen. Nach einer Auffassung kann der Antragsteller seinen Antrag ohne weiteres

1) Baur "Studien..." S. 71

2) Thomas/Putzo Vorb. § 916 Anm. 3 c

3) OLG Düsseldorf NJW 77, 1828; Thomas/Putzo Vorb. § 916 Anm. 3 c

wechseln¹⁾, nach einer anderen Auffassung nur nach entsprechender Anwendung der Regeln, die für die Klageänderung gelten (§§ 263 ff ZPO)²⁾. Das bedeutet praktisch aber keinen Unterschied, da wegen der Zweckmäßigkeit und Verfahrensähnlichkeit stets die Sachdienlichkeit einer Klageänderung zu bejahen sein wird. Ein Verfahrenswechsel darf nur auf Antrag , niemals von Amts wegen erfolgen. Eine Umdeutung des Antrags ist nur unter besonderen Umständen möglich.³⁾ Unschädlich ist die bloße Fehlbezeichnung. Wird etwa ein Antrag als Arrestantrag bezeichnet, richtet er sich aber auf Sicherstellung einer nicht auf Geld gerichteten Individualforderung und werden Maßnahmen begehrt, die durch einstweilige Verfügung anzuordnen sind, so ist der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt.⁴⁾

Mit Ausnahme der Unterscheidung von Arrest und einstweiliger Verfügung muss der Antrag nicht ebenso exakt wie im ordentlichen Verfahren gestellt werden. Dies folgt aus § 938 Abs. 1 ZPO , da dort bestimmt ist, daß das Gericht den Inhalt der einstweiligen Verfügung nach freiem Ermessen bestimmen kann. Dies hat zur Folge, daß der Antragsteller dem Gericht auch nicht durch Stellung eines präzisen Antrages die Hände binden muss.⁵⁾ Deshalb besteht in der Rechtssprechung und Literatur Einigkeit,daß der Antragsteller lediglich sein Rechtsschutzziel angeben muss.⁶⁾ Es ist auch nicht erforderlich, daß in dem Gesuch angegeben wird, ob eine einstweilige

1) Stein-Jonas § 916 Anm. V 2 Rdnr. 46; Zöllner-Stephan Vor § 916 Anm. 3

2) Baumbach-Lauterbach § 916 Anm. 1

3) OLG Köln NJW 70, 1883

4) Teplitzky JUS 81, 122 Fußnote 9

5) Stein-Jonas Vor § 935 Anm. II 2 Rdnr. 10

6) Baur "Studien ..." S. ; Stein-Jonas Vor § 935 II 2 Rdnr. 10; Ostler MDR 68, 715

Verfügung nach § 935 ZPO oder eine solche nach § 940 ZPO erlassen werden soll, denn die saubere Unterscheidung ist sehr schwierig und umstritten und daher kann dem Antragsteller nicht das Risiko aufgebürdet werden, sich für eine der beiden Vorschriften zu entscheiden.

Die zu Gunsten des Antragstellers eingeräumten Erleichterungen sind kein Hindernis für ihn, gleichwohl einen präzisen Antrag zu stellen.¹⁾ Im einstweiligen Verfügungsverfahren darf das Gericht, wie auch im Erkenntnisverfahren stets auf ein "Minus" erkennen.²⁾ Die Regelungsbefugnis im einstweiligen Verfügungsverfahren geht über die des Erkenntnisverfahrens³⁾ insoweit hinaus, als das Gericht im Rahmen des Rechtsschutzzieles auch ein "Aliud" zusprechen kann. Das Gericht ist wegen § 936 Abs. 1 ZPO nicht darauf beschränkt, die beantragte Anordnung zu erlassen oder zu verweigern, sondern kann innerhalb des durch das materielle Recht und dem durch den Antrag gesetzten Rahmen frei bestimmen, was zur Sicherung des Anspruchs bzw. der Regelung des Rechtsverhältnisses erforderlich ist.⁴⁾ Die Wahlmöglichkeit des Gerichts hat vorallem kostenrechtliche Folgen. Wenn das Gericht mit einer "Aliud-Maßnahme" dem Rechtsschutzziel des Antragstellers gerecht wird, so ist es nicht möglich, den Antrag nur wegen der abweichenden Maßnahme abzuweisen und dem Antragsteller einen Teil der Kosten aufzuerlegen.

Die gegenüber dem Erkenntnisverfahren erleichterten Antragsvoraussetzungen und erweiterten Entscheidungsbefugnisse gelten nicht, sofern mit dem Gesuch der Erlaß einer auf Erfüllung gerichteten einstweiligen Verfügung begehrt wird.⁵⁾

1) Baur "Studien ... " S. 72; Ostler MDR 68, 715

2) Baur "Studien ... " S. 73: "Von den Anträgen auf Geldleistung abgesehen, ist das "Minus" stets ein "Aliud".

3) Thomas / Putzo § 308 Anm. 1 a

4) Stein-Jonas Vor § 935 II 2 Rdnr. 11

5) Stein-Jonas Vor § 935 II 2 Rdnr. 10; Pastor Kapitel 36 II 2 S. 343; a.A. Höhne S. 139: "Es muss nur der im Hauptsacheprozeß zu verwirklichende Anspruch und die infolge der verzögerten Anspruchsverwirklichung entstehende Gefährdung präzise dargestellt werden. Es kann praktisch nur eine Maßnahme in Frage kommen, das bedeutet aber nicht, daß diese in dem Gesuch bezeichnet werden muß."

Sofern der Antragsteller einen präzisen Antrag stellen muss bzw. tatsächlich gestellt hat, ist § 308 Abs. 1 ZPO anwendbar, d.h. das Gericht darf dem Antragsteller nicht mehr zusprechen, als er beantragt hat. Hat der Antragsteller beispielsweise den Abdruck einer Gegendarstellung verlangt, so darf das Gericht nicht auf Widerruf erkennen, selbst wenn nach seiner Ansicht die Voraussetzungen dafür gegeben wären und ausschliesslich der Widerruf geeignet wäre, dem Antragsteller Rechtsschutz zu gewähren.

Der Inhalt der einstweiligen Maßnahme wird "nach oben" durch zwei Grenzen bestimmt, zum einen durch das nach materiellem Recht Zusprechbare, zum anderen durch einen ggfs. präzisen Antrag des Antragstellers.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann auch jederzeit zurückgenommen werden, ohne daß dazu die Zustimmung des Antragsgegners erforderlich ist.¹⁾ Bei der Rücknahme des Gesuchs hat der Antragsteller allerdings in analoger Anwendung von § 269 Abs. 2 Satz 2 ZPO die Kosten des Verfahrens zu tragen, selbst wenn der Antragsgegner noch nicht durch eine gerichtliche Maßnahme, wie die Zuleitung des Antrages, in das Verfahren einbezogen worden ist, aber auf irgendeine Weise bereits von dem Antrag erfahren hat.²⁾ Im einstweiligen Verfügungsverfahren entsteht zwischen den Parteien bereits mit Antragseinreichung ein Prozeßrechtsverhältnis. Diese Ansicht rechtfertigt sich vorallem aus der Überlegung heraus, daß das Gericht anders als bei der Klageerhebung im ordentlichen Verfahren auf Grund des gestellten Antrages gegen den Antragsgegner eine einstweilige Verfügung erlassen kann und ihm dadurch die Prozeßlast,

1) Thomas/Putzo § 92o Anm. 1

2) Baumbach-Hefermehl § 25 UWG Rdnr. 52; Thomas/Putzo § 92o Anm. 1; a.M. OLG München NJW 55, 1803; OLG Düsseldorf WRP 80, 561; Pastor S. 125 f; Borck WRP 78, 262; Lent NJW 55, 1195

einschliesslich der Kostenlast aufbürden kann, bevor der Antragsgegner durch eine andere gerichtliche Maßnahme in das Verfahren einbezogen wurde. Damit befindet sich der Antragsgegner schon vom Eingang des Antrages an in der gleichen Lage, wie der Beklagte erst ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Klage.¹⁾

IV. Der Einwand der Rechtshängigkeit

Gleich zu Anfang muss klargestellt werden, daß es in Rechtssprechung und Literatur unbestritten ist, daß weder der Hauptsacheprozeß bezüglich des Eilverfahrens, noch das Eilverfahren bezüglich des Hauptsacheprozesses irgendwelche Rechtshängigkeitswirkungen hat.²⁾ Sowohl der Zweck als auch der Streitgegenstand von Eil- und Hauptsacheverfahren sind unterschiedlich.³⁾ Mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren soll der Anspruch nur gesichert bzw. das Rechtsverhältnis derart geregelt werden, daß ein Hauptsacheverfahren noch durchgeführt werden kann.⁴⁾ Erörterungsbedürftig ist also nur die Frage, ob ein bereits in Gang gesetztes einstweiliges Verfügungsverfahren ein neues einstweiliges Verfügungsverfahren mit gleichem "Gegenstand" ausschliesst.

Es besteht in Rechtssprechung⁵⁾ und Literatur⁶⁾ Einigkeit, daß das Institut der Rechtshängigkeit auch für das Verfahren der einstweiligen Verfügung anerkannt ist. Sofern ein einstweiliges Verfügungsverfahren bereits rechtshängig ist, muss der zweite einstweilige Verfügungsantrag als unzulässig abgewiesen werden. Es erhebt sich allerdings die Frage, inwieweit

1) OLG München, Beschluss vom 28.2.1983 in WRP 83, 358; OLG Düsseldorf WRP 81, 652

2) Wieczorek § 916 BI, c 1; Stein-Jonas Vor § 916 II 2 Rdnr. 8; Baur/Stürner § 48 III 2 d; Baur "Studien ..." S. 81; Baumbach-Lauterbach § 920 I B

3) Höhne S. 8 u. 9

4) Baur "Studien ..." S. 77 ff; Baur/Stürner § 48 III 2 d; Ostler MDR 68, 714

5) OLG Frankfurt NJW 51, 721; LG Hamburg MDR 1966, 931;

6) Baur/Stürner § 48 III 2 d; Baur "Studien ..." S. 82; Ostler MDR 68, 715; Blomeyer ZZP 65, 61; Baumgärtel AcP 168, 405 f

im Eilverfahren die Grundsätze der Rechtshängigkeit des ordentlichen Verfahrens herangezogen werden können.

Erste Schwierigkeiten bereiten schon die §§ 253, 263 ZPO.

Im ordentlichen Verfahren tritt die Rechtshängigkeit erst mit Klagezustellung ein. Eine einstweilige Verfügung kann hingegen schon vor Zustellung des Antrages ergehen, sie kann sogar schon vor Zustellung vollstreckt werden. Daher tritt nach h.M. im Eilverfahren die Rechtshängigkeit schon mit Antragseinreichung ein.¹⁾ Die zweite Klippe ist darin zu sehen, daß der Streitgegenstand des Eilverfahrens ein anderer ist als der des Hauptverfahrens. Die Bestimmung des Streitgegenstandes der Leistungsverfügung bereitet keine Schwierigkeiten, da er sich aus dem Streitgegenstand des Hauptsachenverfahrens herleiten läßt. Auch bei der Leistungsverfügung stellt der Antragsteller unter Zugrundelegung eines bestimmten Lebenssachverhaltes einen bestimmten Antrag. Der einzige Unterschied des Streitgegenstandsbegriffs des ordentlichen Verfahrens besteht darin, daß nicht der materielle Anspruch von der Rechtshängigkeit umfasst wird, sondern ausschliesslich der prozessuale Anspruch des Antragstellers auf Sicherung seines gefährdeten Anspruchs bzw. der Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses.²⁾ Problematischer ist die Bestimmung des Streitgegenstandes bei der Sicherungs- und Regelungsverfügung, da der Antragsteller in seinem Antrag, wie oben auf Seite 129 bereits festgestellt, lediglich sein Rechtsschutzziel angeben muss. Selbst wenn der Antragsteller einen bestimmten Antrag gestellt hat, ist das Gericht anders als im ordentlichen Verfahren nicht auf die Wahl zwischen Antragsabweisung und Antragsstattgebung beschränkt, sondern kann die geeignete Maßnahme gem. § 938 ZPO innerhalb der durch den Antrag

1) LG Hamburg MDR 66, 931; LG München MDR 64, 1015;
LG Hamburg MDR 77, 498; Ostler MDR 68, 715; OLG Nürnberg
WRP 77, 596; OLG Düsseldorf WRP 81, 652; OLG München WRP 83,
358

2) Stein-Jonas Vor § 935 II 1 Rdnr. 9

gesteckten Grenzen nach freiem Ermessen auswählen.¹⁾ Das dem Gericht zustehende freie Ermessen muss bei der Bestimmung des Streitgegenstandes berücksichtigt werden, um so die gleichzeitige Rechtshängigkeit mehrerer einstweiliger Verfügungsanträge mit gleichem Verfahrensziel zu verhindern. Der Streitgegenstand kann somit nur mit der weitgefassten Formulierung umrissen werden, daß er alle Maßnahmen umfasst, die das Gericht auf das Gesuch des Antragstellers hin treffen könnte.²⁾ Da der Einwand der Rechtshängigkeit somit auch im einstweiligen Verfügungsverfahren einhellig anerkannt ist, greift er auch dann ein, wenn der einstweilige Verfügungsprozeß in der Rechtsmittelinstanz schwebt.³⁾ Neu auftretende Gesichtspunkte können dann in der Rechtsmittel- bzw. Widerspruchsinstantz vorgetragen werden.⁴⁾ Dieser Auffassung widerspricht das Oberlandesgericht Stuttgart⁵⁾ mit folgender Begründung: Der Entscheidung liegt der Fall zu Grunde, daß ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung abgelehnt wurde, daß kein Verfügungsgrund bestehe bzw. dieser nicht glaubhaft gemacht worden sei. Wenn nun der Antragsteller gegen diese Entscheidung Rechtsmittel einlegt und es ihm mittlerweile möglich ist, den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen, ist er darauf beschränkt, seinen neuen Vortrag in der Rechtsmittelinstanz vorzubringen, kann also nicht einen erneuten Antrag auf Verfügungserlaß stellen. Dazu führt das Oberlandesgericht Stuttgart aus, daß sich divergierende Entscheidungen auch dadurch vermeiden ließen, daß man die Wiederholung des Antrages in erster Instanz als einen Verzicht auf die Berufung beurteile, oder daß man mit Erlaß der einstweiligen Maßnahme in erster Instanz, das Rechtsmittel in der Hauptsache als erledigt ansehen könnte. Ließe man eine Ent-

1) Baur "Studien..." S. 82

2) Stein-Jonas Vor § 935 II 3 Rdnr. 14; Baur "Studien ..." S. 84 und BB 64, 614; Ostler MDR 68, 715; Baumbach-Lauterbach § 920 Anm. 1 B

3) Stein-Jonas Vor § 916 II 2 Rdnr. 10

4) Baur "Studien ..." S. 84 f

5) OLG Stuttgart NJW 64, 48

scheidung in erster Instanz zu, so wären divergierende Entscheidungen auch schon deshalb nicht möglich, weil dann in der Rechtsmittelinstanz eine einstweilige Verfügungsentscheidung schon mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht mehr erlassen werden könnte. Die Ansicht des OLG Stuttgart wird damit begründet, daß selbst bei rechtskräftiger Abweisung eines Antrages dieser wegen veränderter Umstände wiederholt werden könne und dies daher auch im Bereich der Rechtshängigkeit zu gelten habe. Für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtshängigkeit spreche vor allem, daß dem Antragsteller durch eine erstinstanzliche Entscheidung schneller zu seinem Recht verholfen wird. Eine Entscheidung in der Berufungsinstanz bringe eine zeitliche Verzögerung mit sich, da mit Rücksicht auf die Erforderlichkeit einer mündlichen Verhandlung und die zu wahrenenden Fristen notwendigerweise mehr Zeit beansprucht werde. Das Argument des Oberlandesgerichts Stuttgart, die Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtshängigkeit rechtfertige sich aus der zeitlichen Verzögerung, die die Durchführung einer Berufungsverhandlung mit sich bringe, verliert wesentlich an Bedeutung, wenn man berücksichtigt, daß gem. § 937 Abs. 2 ZPO auch erstinstanzliche Entscheidungen regelmässig nur auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen sollen und nur ausnahmsweise in Fällen besonderer Dringlichkeit darauf verzichtet werden kann.

V. Der Einwand der Rechtskraft

1. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft

Der Einwand der Rechtskraft bezieht sich nur auf das Verhältnis einstweiliger Verfügungen derselben Art untereinander. Aus den gleichen Gründen, wie sie oben im Bereich der Rechtshängigkeit angegeben wurden, ist im Verhältnis vom Eilverfahren zum ordentlichen Hauptsacheverfahren keine Rechtskraftwirkung gegeben.¹⁾

1) Baur BB 64, 614 und "Studien ..." S. 77 ff; Baur/Stürner § 48 VI 3 Baumbach-Lauterbach § 322 nm. 4 Be; Thomas/Putzo Vor § 916 Anm. 1; Stein-Jonas Vor § 916 II 3 Rdnr. 12

Es ist in Rechtssprechung und Literatur bestritten, ob Entscheidungen, die im einstweiligen Verfügungsverfahren getroffen werden, in Rechtskraft erwachsen können, denn unumgängliche Voraussetzung für den Eintritt der materiellen Rechtskraft ist die formelle Rechtskraft.¹⁾ Eine Entscheidung erwächst nur dann in formelle Rechtskraft, wenn ihre befristete Anfechtbarkeit verfristet ist oder wenn die Entscheidung für unanfechtbar erklärt worden ist.²⁾ Für Urteile, die im Eilverfahren ergehen, ergeben sich daher keine Abweichungen gegenüber dem ordentlichen Prozeß. Bei einstweiligen Verfügungsentscheidungen, die in Beschlußform gefällt werden, entstehen hingegen besondere Probleme. Dabei müssen stattgebende und ablehnende Beschlüsse getrennt betrachtet werden. Der einem Gesuch stattgebende Beschluß ist gem. § 924 Abs.1 ZPO mit dem Widerspruch unbefristet anfechtbar. Der stattgebende Beschluß kann somit nur durch einen wirksamen Verzicht auf den Widerspruch formell rechtskräftig werden.³⁾ Der ein Gesuch ablehnende Beschluß ist gem. § 567 ZPO mit der unbefristeten Beschwerde anfechtbar. Auch hier kann die formelle Rechtskraft mangels möglichem Fristablauf nicht eintreten. Einstweilige Verfügungen, die auf Grund eines Beschlusses abgelehnt oder erlassen wurden, können erst durch Rechtsbehelfsverzicht oder Erschöpfung des Rechtsweges in formelle Rechtskraft erwachsen. Folglich wird die Anwendbarkeit des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft im Eilverfahren teilweise abgelehnt. Begründet wird diese Ablehnung zum einen damit, daß es sich bei der einstweiligen Verfügung nicht um einen Rechtsprechungs-, sondern vielmehr um einen

1) Stein-Jonas § 322 II 1; Rosenberg § 150 S. 918 ff (13. Auflage);

2) stellvertretend für die herrschende Meinung: Stein-Jonas § 322 I 2; Baumbach-Lauterbach § 705 I B

3) Stein-Jonas § 924 II 4 Rdnr. 13

Verwaltungsakt handele, zum anderen mit der Vorläufigkeit der Eilentscheidung.¹⁾ In der modernen Literatur hat sich ebenso wie in der neueren Rechtssprechung bis auf wenige Ausnahmen die Auffassung durchgesetzt, daß der Grundsatz der materiellen Rechtskraft auf das Eilverfahren anzuwenden sei.²⁾ Diese "Entwicklung", wenn man angesichts der spärlichen Literatur überhaupt von einer Entwicklung sprechen kann, vollzog sich aber nicht dadurch, daß die gegen die Anwendbarkeit der materiellen Rechtskraft vorgebrachten Argumente ausdiskutiert worden wären. Für die Anwendbarkeit des Instituts der Rechtskraft waren letztendlich weniger dogmatische Überlegungen als Zweckmässigkeits-erwägungen ausschlaggebend.³⁾

Für die Anerkennung der materiellen Rechtskraft im Eilverfahren sprechen dieselben Gründe, die für das Erkenntnisverfahren gelten, so z.B. die Beendigung fortgesetzten Streites unter den Parteien über denselben Gegenstand, das Bedürfnis nach rechtlicher Sicherheit, die Gefahr widersprechender Entscheidungen und die Überbelastung der Gerichte.⁴⁾

Bedingt durch die Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens kann der Grundsatz der Rechtskraft nicht genau so, wie im Erkenntnisverfahren angewandt werden.⁵⁾ Der Streitgegenstand der Rechtskraft ist nicht mit dem der Hauptsache und nicht mit dem der Rechtshängigkeit im Eilverfahren identisch.

- 1) A. Blomeyer § 119 V 1 S. 666; Cohn, JW 1915, 1338 (1421); Schulte S. 85 (110); Voß KG JW 1929, 2616; Seuffert §§ 921 922, 2 f
- 2) Baur "Studien ..." S. 86 ff; Ostler MDR 68, 716; K. Blomeyer ZJP 65, 61; J. Blomeyer ZJP 81, 44; Grunsky JUS 76, 80 f; Baur / Stürner § 48 II; Baumann § 15 II 4; Gerhard § 18 II 2 c; Jauernig ZWVR § 35 III 3; Baumbach-Lauterbach § 322 Anm. 4; Thomas/Putzo § 922 Anm. 5; Zöller-Stephan Vor § 916 Anm. 13; OLG Frankfurt NJW 51, 721; OLG Düsseldorf FamRZ 64, 309
- 3) Höhne S. 53
- 4) Lent NJW 51, 722 Urteilsanmerkung zu OLG Frankfurt NJW 51, 720; Baumgärtel AcP 168, 401; Baur BB 64, 607 und "Studien ..." S. 86 Ostler MDR 68, 716
- 5) Baur "Studien ..." S. 87 ff; Stein-Jonas Vor § 916 II Rdnr. 14

Im Gegensatz zu dem Streitgegenstandsbegriff der Rechtshängigkeit in einstweiligen Verfügungsverfahren bezieht der Streitgegenstand der materiellen Rechtskraft nicht alle Maßnahmen ein, die das Gericht hätte treffen können, sondern nur die, die es konkret erlassen bzw. abgelehnt hat.¹⁾ Hat also das Gericht den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung abgelehnt, weil ein Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht worden ist, so hat es über den Verfügungsanspruch nicht negativ entschieden.

Im ordentlichen Verfahren bedeutet die Präklusionswirkung eines rechtskräftigen Urteils, daß der mit der Klage abgewiesene Kläger mit allen Tatsachen ausgeschlossen ist, die vor der letzten mündlichen Hauptverhandlung entstanden sind.²⁾ Bei der einstweiligen Verfügung ist, sofern eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, auch die letzte mündliche Verhandlung und sofern keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat die Beschlußfassung des Gerichts der für die Präklusionswirkung maßgebliche Zeitpunkt. Wegen der besonderen Verfahrenssituation der einstweiligen Verfügung zählen zu den nicht präkludierten neuen Tatsachen auch jene, die zum Zeitpunkt des Verfügungs-erlasses zwar schon vorlagen, die aber vom Antragsteller in Unkenntnis des Sachverhaltes nicht vorgetragen werden konnten.³⁾

In diesem Zusammenhang ist problematisch, ob neue Mittel der Glaubhaftmachung oder eine veränderte Beurteilung der Sach- und Rechtslage auch als veränderte Umstände qualifiziert werden können, die zur Durchbrechung der Rechtskraft geeignet sind. Dies ist im ordentlichen Verfahren ausgeschlossen⁴⁾. Eine unveränderte Anwendung der Rechtskraftgrundsätze des Erkenntnisverfahrens würde den Besonderheiten des einstweiligen Verfügungs-
--

1) Baur "Studien ..." S. 88; a.A. Stein-Jonas Vor § 935 II 4 Rdnr. 15

2) A.Blomeyer § 90 III S. 471; Grunsky ZJP 76, 165 ff;
Baur "Studien ..." S. 88;

3) Stein-Jonas Vor § 935 II 4 Rdnr. 15; RG 24, 368

4) K. Blomeyer ZJP 65, 61; Lent NJW 51, 721; Jauernig ZwVR § 35 III 3

verfahrens nicht gerecht. Die besondere Eilbedürftigkeit erlaubt es dem Antragsteller nicht, die Mittel der Glaubhaftmachung genauso sorgfältig zusammenzutragen wie die des Beweises.¹⁾

Überdies ist es dem Antragsteller sowieso möglich, die neuen Beweismittel in dem Parallel- bzw. im Anschluß verlaufenden Hauptsacheprozeß einzuführen, so daß nicht einzusehen ist, warum der Antragsteller mit den neuen Mitteln der Glaubhaftmachung in einem zweiten einstweiligen Verfügungsverfahren ausgeschlossen sein sollte.

Würde man den Antragsteller darauf verweisen, die neuen Mittel nicht in einem zweiten einstweiligen Verfügungsverfahren, sondern in einem Rechtsmittelverfahren im Anschluß an die Ablehnung der einstweiligen Verfügung geltend zu machen, so würde man ihn dadurch schlechter stellen. Die unbefristete Beschwerde ist nur gegen Entscheidungen möglich, die ohne mündliche Verhandlung erlassen wurden. was gem. § 937 Abs. 2 ZPO nur in Ausnahmesituationen der Fall sein soll. Das Rechtsmittel der Berufung ist an eine Frist gebunden, die bei Entstehen oder Bekanntwerden neuer Mittel der Glaubhaftmachung allerdings häufig abgelaufen sein dürfte.

Läßt man demnach neue Mittel der Glaubhaftmachung zur Durchbrechung der Rechtskraftwirkung genügen, so darf damit dennoch einer beliebigen Wiederholung des Antrages nicht Tür und Tor geöffnet werden. Eine Beschränkung läßt sich in Anlehnung an § 927 ZPO gewinnen,²⁾ mit der auch erreicht wird, daß dem Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner kein Vorteil eingeräumt wird.³⁾ Der Antragsteller, dessen einstweiliger Verfügungsantrag rechtskräftig abgewiesen worden ist, kann einen erneuten zweiten einstweiligen Verfügungsantrag über den gleichen Gegenstand nur stellen, wenn er Umstände vortragen kann, die er im ersten Verfahren nicht vortragen konnte, sei es weil die veränderten Umstände damals noch nicht vorlagen, oder weil diese ihm

1) Leipold S. 88 ff; Wenzel MDR 67, 892

2) Baur/Stürner § 48 VII 2 b Rdnr. 867

3) Stein-Jonas Vor § 916 II 2 Rdnr. 13,14

erst nachträglich zur Kenntnis gelangt sind.

Die Probleme der Rechtskraft im Eilverfahren sind von Recht -
sprechung und Literatur fast ausnahmslos bei der Wiederholung
eines Gesuchs nach ablehnender Entscheidung diskutiert worden.
Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Antragsteller
bereits eine formell rechtskräftige Entscheidung erwirkt hat
und nun nochmals einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen
Verfügung mit demselben Rechtsschutzziel stellt. In einem
Fall ¹⁾ war beispielsweise auf einen entsprechenden Antrag
hin ein strafbewehrtes Unterlassungsgebot durch Beschluß aus-
gesprochen worden, mit dem die Kennzeichnung bestimmter Waren
mit dem Namen "H" und der Vertrieb der so gekennzeichneten Waren
verboden wurde. Nachdem der Antragsgegner dem Unterlassungsgebot
nicht nachgekommen war, erfolgte ein weiterer Antrag auf Heraus-
gabe der betreffenden Waren an den Gerichtsvollzieher. Nach dem
von Baur entwickelten Streitgegenstandsbegriff, der sich nach
dem Rechtsschutzziel des Antragstellers bestimmt, müsste der
Erlass einer zweiten einstweiligen Verfügung wegen entgegenstehender
materieller Rechtskraft als unzulässig zurückgewiesen werden.
Dieses Ergebnis ist jedoch dann unbillig, wenn man davon ausgeht,
daß die im ersten Verfahren angeordnete Maßnahme zur Erreichung
des Rechtsschutzzieles unzureichend ist, außerdem noch weitere
rechtlich zulässige Maßnahmen zur Verfügung stehen und der Antrags-
gegner sich über die Bestrafungsanträge hinwegzusetzen vermag,
da der ihm aus dem Verstoß zukommende Nutzen den aus der Be-
strafung entstehenden Schaden überwiegt.

Ob man nun die Zulässigkeit einer zweiten einstweiligen Verfügung
dogmatisch damit begründet, daß man den Streitgegenstandsbegriff
erweitert und zusätzlich das "Mittel" umfasst, oder ob man den
Streitgegenstand unverändert lässt und eine Durchbrechung der
Rechtskraft in dem oben genannten Ausnahmefall erlaubt, mag
dahinstehen. Entscheidend ist, daß sich beim wiederholten Gesuch
nach stattgebender Entscheidung dieselbe Lage wie beim wieder-
holten Gesuch bei ablehnender Entscheidung und beim Aufhebungs-
verfahren nach § 927 ZPO stellt. Die aus der besonderen Prozeß-
situation des Eilverfahrens entspringende Unsicherheit der

1) OLG Stuttgart NW 69, 1721

Entscheidungsfindung bringt in diesen Fällen die Notwendigkeit mit sich, auch solche Gesuche zuzulassen, welche die Grenzen der Rechtskraft durchbrechen.¹⁾

Damit die Erweiterung des Streitgegenstandsbegriffs bzw. die Durchbrechung der Rechtskraft keine Unterwanderung des nach § 938 ZPO eingeräumten gerichtlichen Ermessens zur Folge hat, müssen an die Stellung des neuen Antrages besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Es muss anhand konkreter Tatsachen überprüft werden, ob die im ersten Verfahren angeordneten Maßnahmen zur Erreichung des Rechtsschutzzieles nicht doch ausreichend sind. Mit Hilfe dieser Schranke erscheint es gerechtfertigt, einen zweiten einstweiligen Verfügungsantrag mit demselben Rechtsschutzziel zuzulassen, zumal wenn man berücksichtigt, daß der obsiegende Antragsteller, der gleichwohl mit der einstweiligen Verfügung sein Rechtsschutzziel nicht erreicht, nicht schlechter gestellt werden darf, als der Antragsteller, dessen Antrag abgewiesen wurde und der dann auf Grund neuer Tatsachen erneut einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stellen darf.

2. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft und das Problem der Vollstreckbarkeit einstweiliger Verfügungen gegen Dritte

Das Verfahren der einstweiligen Verfügung ist ein normales Zweiparteienverfahren. Parteien sind diejenigen, die im Hauptverfahren Parteien sind. Das bedeutet, daß grundsätzlich die gesamte Parteilehre auch für die einstweilige Verfügung gilt.²⁾ Fragen der Rechtskrafterstreckung und der Zwangsvollstreckung sind in den §§ 265, 266, 325 bis 327 und 727 bis 729 ZPO geregelt. Die sich im Rahmen des ordentlichen Erkenntnisverfahrens ergebenden Probleme sind durch neuere Untersuchungen weithin geklärt worden.³⁾ Auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes können Probleme der Rechtskrafterstreckung und der Vollstreckbarkeit gegen Dritte auftreten. Diese prozessuale Situation hat in der bisherigen

1) Höhne S. 151.

2) Stein-Jonas Vor § 935 II 10 Rdar. 23

3) Baur in Festschrift für Gerhard Schiedermair S. 19

1)

Literatur kaum Beachtung gefunden.

Vorab kann festgestellt werden, daß die im ordentlichen Prozess für die Rechtsnachfolge und Vollstreckbarkeit gegenüber Dritten geltenden Regelungen in ihrem Grundgedanken auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes anwendbar sind, wenn auch mit den Modifikationen, die durch die Eigenart dieses Verfahrens geboten sind.²⁾ In Anbetracht der Zielsetzung der vorliegenden Arbeit soll sich die Darlegung der Problematik auf zwei grundlegende Fragen beschränken und der im New Yorker Recht vergleichbaren Problematik und vorallem deren praktischen Handhabung gegenübergestellt werden.

In der neueren Rechtsprechung und Literatur hat zunehmend die Frage Beachtung gefunden, ob eine einstweilige Verfügung gegen Unbekannt erlassen werden kann und bejahendenfalls, wie dann eine Vollstreckung durchzuführen ist.³⁾

Gleichermaßen interessant ist die Frage, ob das deutsche Recht die Möglichkeit bietet aus einer einstweiligen Verfügung gegen im Vollstreckungstitel nicht bezeichnete dritte Personen, die nicht Rechtsnachfolger der im Vollstreckungstitel genannten Personen sind, zu vollstrecken, wenn sich der Vollstreckungsschuldner dieser Personen zur Umgehung seiner aus der einstweiligen Verfügungen bestehenden Verpflichtung bedient hat.

Zum ersten Problembereich ist zu bemerken, daß § 253 Abs. 2 ZPO verlangt, daß der Antragsteller in der Antragsschrift die Parteien bezeichnet. Gem. § 130 ZPO soll die Bezeichnung der Parteien den Namen des Antragsgegners enthalten. § 130 ZPO ist jedoch nur eine Sollvorschrift, so daß allein notwendig ist, die Parteien so klar zu bezeichnen, daß an ihrer Identität kein Zweifel besteht. Eine einstweilige Verfügung gegen "die derzeit noch unbekannten Hausbesetzer" ist somit mangels ausreichender Bezeichnung grundsätzlich unzulässig. Ausnahmsweise kann aber dann eine einstweilige Ver-

1) Baur in Festschrift für Gerhard Schiedermair S. 19 ff; Kleffmann S. 212; LG Hannover NJW 81, 1455; LG Krefeld NJW 82, 289; Raeschke-Kessler NJW 81, 663

2) Baur in Festschrift für Gerhard Schiedermair S. 31; Stein-Jonas § 750 I Rdnr. 3; § 727 I Rdnr. 3

3) Kleffmann S. 198 ff; LG Hannover NJW 81, 1455; Lisken NJW 82, 1137, LG Krefeld NJW 82, 289; Raeschke-Kessler NJW 81, 663

fügung gegen "Unbekannt" erlassen werden, wenn die nicht identifizierten Antragsgegner für einen kurzen Moment von einer unbegrenzten Vielzahl von Personen abgegrenzt sind und die einstweilige Verfügung sofort durch den Gerichtsvollzieher zugestellt und dann vollzogen werden kann. Für den Fall der normalen Hausbesetzung mit ständig wechselnden Teilnehmern ist dies grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn das betreffende Haus kann mit Hilfe von Polizeieinsatz kurzfristig abgeriegelt werden. Vergleichbar war der Fall, den das Landgericht Düsseldorf zu entscheiden hatte und der dem Aufsatz von Raeschke-Kessler ¹⁾ zu Grunde liegt. In diesem Fall hielten sich zehn Personen auf zwei schwimmenden Rettungswinseln auf. Die Personenzahl war konstant und konnte sich, bedingt durch die Art des Aufenthaltes, nicht ohne weiteres ändern.

Wenn sich das Gericht in einem solchen Fall zum Erlaß der einstweiligen Verfügung entschliesst, bleibt dennoch das Problem der Zustellung bzw. der Vollstreckung.

Einstweilige Verfügungen sind Vollstreckungstitel, auf die gem. §§ 936, 928 ZPO, sofern durch die §§ 929 ff ZPO keine abweichenden Vorschriften vorgesehen sind, die Normen der ZPO über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden sind. Damit ist auch § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen für oder gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, in dem Vollstreckungstitel oder der beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind bei der einstweiligen Verfügung anwendbar. ²⁾ Folglich muss der Gerichtsvollzieher ggfs. polizeiliche Amtshilfe in Anspruch nehmen, um die Personalien der Personen festzustellen, gegen die die einstweilige Verfügung vollstreckt werden soll. Stehen infolge polizeilicher Amtshilfe

1) Raeschke-Kessler NJW 81, 663

2) Kleffmann S. 212

3) Kleffmann S. 224

die Namen der bisher unbekannten Adressaten fest, so wird die bisher verwandte Bezeichnung "Unbekannt" unrichtig und ungenau. Sie ist analog § 319 ZPO durch einen Berichtigungsbeschluss zu ersetzen. Nach Kleffmann¹⁾ muss es auch möglich sein, § 727 ZPO analog anzuwenden.²⁾

Zum zweiten Problemkreis ist zu bemerken, daß das deutsche Recht keine Möglichkeit bietet, aus einem einstweiligen Verfügungsurteil oder Beschluss gegen nicht aufgeführte dritte Personen zu vollstrecken, sofern nicht die gesetzlich normierten Ausnahmen der §§ 727, 728, 729, 738, 742, 744, 745 Abs. 2 und 749 ZPO vorliegen. § 750 ZPO legt zwingend fest³⁾, daß eine Zwangsvollstreckung nur gegen die im Urteil namentlich aufgeführten Personen begonnen werden darf.⁴⁾ § 750 ZPO beinhaltet nicht nur eine Schuldnerschutzvorschrift, sondern dient auch dem Schutz übergeordneter öffentlicher Interessen. Im Interesse der Wahrheit und Sicherheit im Rechtsverkehr⁵⁾ soll es den Vollstreckungsorganen ermöglicht und erleichtert werden,⁶⁾ zweifelsfrei festzustellen, daß derjenige, gegen den die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, mit der nach dem Vollstreckungstitel als Schuldner in Betracht kommenden Person identisch ist⁷⁾. Wegen dieser mitgeschützten, übergeordneten öffentlichen Interessen ist es auch nicht möglich, daß die zwingende Vorschrift des § 750 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative ZPO im Einzelfall durch das Treu- und Glauben-Prinzip⁸⁾ durchbrochen werden kann. Liegt zwischen der im Vollstreckungstitel bezeichneten Person und der Person, gegen die vollstreckt werden soll, keine Identität vor, so hilft nur noch eine neue einstweilige Verfügung, aus der dann gegenüber dem Dritten vollstreckt werden kann.⁹⁾

1) Kleffmann S. 214

2) Stein-Jonas § 727 I Rdnr. 5; Bauer Jur Büro 62, 593, 594

3) RGZ 83, 336, 340

4) Baumbach-Lauterbach § 750 Anm. 1 B

5) LG Flensburg RPfl 60, 303; LG Berlin RPfl 74, 407; LG Berlin DGVZ 78, 59

6) LG Hamburg MDR 61, 239 f

7) RGZ 85, 163, 166, 167; OLG Köln RPfl 75, 102, 103

8) Bernhard ZZP 66, 77, 95 u. 99; Stein-Jonas Vor § 704 Rdnr. 45

9) Stein-Jonas § 750 II Rdnr. 27

Auch ein Ausweg über einen Analogieschluß von §§ 727 oder 319 ZPO muss ausscheiden.¹⁾ Eine Analogie bedeutete in diesem Fall eine Mißachtung bestehender Vorschriften.²⁾

VI. Die mündliche Verhandlung

1. Die besondere Dringlichkeit

§ 937 Abs. 2 ZPO bestimmt, daß eine einstweilige Verfügungsentscheidung in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Es besteht in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit, daß die Formulierung "in dringenden Fällen" das Erfordernis einer besonderen Dringlichkeit bedeutet, da die normale Dringlichkeit ohnehin schon Voraussetzung für den Erlass einstweiliger Verfügungen ist.³⁾ Daraus folgt im Umkehrschluß, daß über Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung grundsätzlich nur nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist. Diese Interpretation findet ihre Bestätigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes⁴⁾, wonach im Hinblick auf Artikel 103 GG ohne rechtliches Gehör nur entschieden werden darf, wenn der sofortige Zugriff unabweisbar erscheint. Eine nähere Bestimmung dessen, was unter Dringlichkeit zu verstehen ist, enthält § 937 Abs. 2 ZPO nicht. Man stellt in Rechtsprechung und Literatur auf die Gefährdung des Anspruchs ab.⁵⁾ Ein besonders dringender Fall liegt also vor, wenn der Zeitverlust oder die Benachrichtigung des Gegners den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden könnten.⁶⁾

1) Thomas/Putzo § 750 Anm. 2 a; Stein-Jonas § 727 III Rdnr. 25; LG Koblenz RPfl 72, 458 mit Anm. von Petermann

2) Stein-Jonas § 727 Rdnr. 25 ff und § 750 Rdnr. 23 und 24

3) Baumbach-Lauterbach § 937 Anm. 2 h; Stein-Jonas § 937 III Rdnr. 5; Pastor S. 309; Klaka GRUR 79, 593, 598 f; Baumbach-Hefermehl § 25 Rdnr. 9

4) BVerfGE 9, 89, 98

5) Stein-Jonas § 937 III Rdnr. 5

6) Lemp NJW 75, 1920; Teplitzky NJW 80, 1668

2. Die Handhabung in der Praxis

Die praktische Handhabung verkehrt jedoch das gesetzlich intendierte Regel-Ausnahmeverhältnis in sein Gegenteil, d.h. es wird grundsätzlich ohne und nur in Ausnahmefällen durch mündliche Verhandlung entschieden,¹⁾ wobei davon ausgegangen werden muß, daß in jenen Fällen gerade keine besondere Dringlichkeit vorliegen hat. Der Grund für die bewußte Ignorierung des gesetzlichen Gebotes einer mündlichen Verhandlung soll darin liegen, daß bei Befolgung des gesetzlichen Gebotes die große Zahl der Verfügungsanträge nicht bzw. nicht mit der gebotenen Schnelligkeit zu bewältigen sei. Dem entspricht auch die Tendenz der Rechtsprechung, sich an die gegebene Ressourcenknappheit anzupassen.²⁾ Diese Argumente können jedoch nicht ausreichen, um einen Verstoß gegen § 937 Abs.2 ZPO zu rechtfertigen.³⁾ Der Anstieg quantitativer Belastung und die damit korrespondierende Ressourcenknappheit müssen durch Maßnahmen der Justizverwaltung, nicht aber durch eine Beschränkung der gesetzlichen Rechte der im Verfügungsverfahren angegriffenen Parteien bewältigt werden.³⁾ Auch das von Engelschall⁴⁾ mit Zahlen belegte Argument, gegen die gerichtliche Praxis sei deshalb nichts einzuwenden, weil sich ein Verzicht auf die mündliche Verhandlung auf die Betroffenen nicht nachteilhaft auswirke, was mit der geringen Anzahl der Widerspruchseinlegungen gegen solche Entscheidungen belegt werden könne, überzeugt nicht. Mit der Zahl der Widerspruchseinlegungen kann jedoch die gesetzeswidrige Beschneidung des Rechts auf rechtliches Gehör nicht gerechtfertigt werden. Die geringe Anzahl der Widerspruchseinlegungen kann genauso spekulativ darauf zurückgeführt werden, daß mancher zu Unrecht Angegriffene, der sich in einer mündlichen

1) siehe dazu das Zahlenmaterial von Rainer Klaka GRUR 70, 593; Stein-Jonas § 937 III 1 Rdhr. 5; Engelschall GRUR 72, 103; Fritze GRUR 81, 38: "Über 80 %-90% der Anträge werden ohne mündliche Verhandlung entschieden".

2) Benda DRiZ 79, 157, 162; Hendel DRiZ 80, 376

3) Teplitzky WRP 80, 375

4) Engelschall GRUR 72, 104

Verhandlung erfolgreich hätte verteidigen können, durch die Beschlußverfügung eingeschüchtert, resigniert und die Verteidigung im Widerspruchsverfahren gar nicht erst versucht.

3. Der Sonderfall der Antragszurückweisung

Besonders streitig ist die Frage, ob man aus § 937 Abs. 2 ZPO schließen kann, daß die Zurückweisung eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung immer nur nach mündlicher Verhandlung erfolgen könne.¹⁾ Diese Ansicht wird damit begründet, daß für den Fall der Ablehnung eines Verfügungserlasses keine besondere Dringlichkeit vorliege und daher mündliche Verhandlung durchzuführen sei. Diese Ansicht ist in der Literatur und Rechtsprechung²⁾ überzeugend kritisiert worden.

Der Wortlaut des § 937 Abs. 2 ZPO läßt nicht den Schluß zu, die Antragszurückweisung erfordere die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, da dort nur allgemein von einer einstweiligen Verfügungsentscheidung und nicht von dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung die Rede ist.³⁾ Die Ansicht mit der Zurückweisung des Antrages entfalle auch die Dringlichkeit beruht auf der Fiktion, daß die Entscheidung des Gerichts auch in materieller Hinsicht richtig ist, denn nur dann entfiele auch die prozessuale Dringlichkeit.⁴⁾ Geht man auch von der Möglichkeit aus, daß die Antragszurückweisung auf einer falschen Rechtsansicht beruhen kann, so wird der Erlaß der einstweiligen Verfügung für den Antragsteller sogar umso dringender.⁵⁾ Die Frage der besonderen

1) OLG München NJW 75, 1569; OLG Frankfurt MDR 78, 315; OLG Frankfurt MDR 79, 945; KG Berlin WRP 79, 201; OLG Schleswig MDR 82, 856; KG Berlin MDR 79, 590; Stein-Jonas § 937 III 4 Rdnr. 8; Baumbach/Lauterbach § 937 Anm. 2 b; OLG Schleswig MDR 80, 63; Thomas/Putzo § 937 Anm. 2

2) Schmidt NJW 75, 2022; v. Goetze WRP 78, 433; Bock WRP 78, 641; Bock WRP 72, 238; Heinz/Stillner WRP 79, 625; Klaka GRUR 79, 593 (599); Pastor S. 312 ff; Nirk-Kurtze Rdnr. 235, 237; OLG Koblenz GRUR 80, 933; Hans OLG MDR 81, 152; OLG Frankfurt WRP 78, 892; KG Berlin NJW 79, 1211; OLG Schleswig SchlHA 1979, 192; Zöller-Stephan § 937 Anm. 3; Fritze GRUR 81, 38

3) Schmidt NJW 75, 2022 f

4) Heinz/Stillner WRP 79, 625

5) Bock WRP 78, 643

Dringlichkeit muss unabhängig davon beantwortet werden. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Ansicht der h.M. konsequent weiterverfolgt. Wäre die Zulässigkeit und Begründetheit des einstweiligen Verfügungsantrages stets Voraussetzung für die besondere Dringlichkeit nach § 937 Abs. 2 ZPO, dann dürfte aber auch für die Behandlung der normalen Dringlichkeit nichts anderes gelten, da sich beide Dringlichkeitsarten nur durch den Grad der Intensität voneinander unterscheiden. Dann dürfte konsequenterweise im einstweiligen Verfügungsverfahren niemals eine ablehnende Entscheidung ergehen, da mangels Dringlichkeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache abgewartet werden könnte. Es sind auch keine schützenswerten Belange des Antragsgegners ersichtlich, die die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erforderlich erscheinen ließen. Das in § 128 ZPO und Artikel 103 GG festgeschriebene Erfordernis einer mündlichen Verhandlung bezweckt den Schutz des Antragsgegners, in dem es gewährleistet, daß dieser vor Erlaß einer Entscheidung seinen Standpunkt darlegen kann. Ein solcher Schutz ist für den Fall der Antragszurückweisung gerade nicht erforderlich, da dadurch ein Eingriff in die Rechte des Antragsgegners gerade abgelehnt wird¹⁾ und die Durchführung der mündlichen Verhandlung nicht Mittel zum Zweck, sondern reiner Selbstzweck wäre. Insbesondere spricht das Interesse des Antragstellers dafür, daß auch die Zurückweisung seines Antrages ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Der Antragsteller kann wegen des erstrebten Überraschungseffektes nach wie vor daran interessiert sein, daß der Antragsgegner von der Zurückweisung des einstweiligen Verfügungsantrages keine Kenntnis erlangt. Es muss dem Antragsteller daher im besonders dringenden Fällen möglich sein, sofort Beschwerde einzulegen, anstatt die Durchführung einer mündlichen Verhandlung abzuwarten und dann auf das Rechtsmittel der Berufung angewiesen zu sein, das wegen einer erforderlichen mündlichen Verhandlung schwerfälliger als das Beschwerdeverfahren ist, das gem. § 573 Abs. 1 ZPO ohne mündliche Verhandlung durchgeführt werden kann. Gegen das pauschale

1) Heinz/ Stillner WRP 79, 625, 626

Erfordernis , eine Abweisung nur nach mündlicher Verhandlung vorzunehmen, sprechen auch praktische Bedenken. Unterstellt man den Fall, daß das Gericht dem besonders dringenden einstweiligen Verfügungsantrag nur teilweise stattgeben und nur teilweise ablehnen möchte, dann müsste die teilweise Abweisung auf Grund mündlicher Verhandlung durch Beschluß erfolgen¹⁾. Auch in Kostenerwägungen begründete Interessen des Antragstellers sprechen dafür, daß die Zurückweisung seines Antrages ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann. Für den Fall , daß die Ablehnung durch Beschluß erfolgt, spart der Antragsteller Gerichtskosten, Verhandlungsgebühren und Anwaltskosten.²⁾ Dieses Argument überzeugt vorallem, wenn man bedenkt, daß der Antragsteller den einstweiligen Verfügungsantrag ohne anwaltliche Vertretung zu Protokoll der Geschäftsstelle stellen kann. Es versteht sich von selbst, daß ein solcher Antrag eher Mängel aufweist. Ein zurückweisender Beschluß kann dem Antragsteller vielfach Klarheit bringen, ohne daß der Antragsteller deswegen kostenmässig mit der Beauftragung eines Anwaltes belastet werden müsste. Für die Möglichkeit , einen einstweiligen Verfügungsantrag auch ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen, spricht auch § 942 Abs. 4 ZPO. Darin ist bestimmt, daß das Amtsgericht, anstelle des an sich zuständigen Hauptsachegerichtes in dringenden Fällen die begehrte einstweilige Verfügung erlassen kann und überdies von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung absehen kann. Obwohl sich der Wortlaut des § 942 Abs. 4 ZPO nur auf den Erlass einstweiliger Verfügungen bezieht, ist es allgemein anerkannt, daß das Amtsgericht auch zur Zurückweisung von Anträgen befugt ist.³⁾ Es sind keine Gründe erkennbar, warum nur das Amtsgericht ohne Anberaumung einer mündlichen Verhandlung Verfügungsanträge zurückweisen kann, dies jedoch dem an sich zuständigen Hauptsachegericht verwehrt sein sollte.⁴⁾

1) OLG Koblenz GRUR 80, 934; so auch in NJW 80, 2588

2) Borck WRP 72, 241

3) Wieczorek § 942 B I; Thomas/Putzo § 942 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach § 942 Anm. 4

4) OLG Koblenz GRUR 80, 933

Ein weiteres Argument ergibt sich aus § 922 Abs. 3 ZPO, der über § 936 ZPO auch im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung findet. Danach sind Beschlüsse, durch die einstweilige Verfügungsanträge zurückgewiesen werden, dem Antragsgegner nicht mitzuteilen. In § 922 Abs. 3 ZPO hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß eine Zurückweisung eines Antrages durch Beschluß und somit ohne mündliche Verhandlung stattfinden kann und überdies gegenüber dem Gegner keine Mitteilung darüber erfolgen soll. Der Gesetzgeber hat sich in diesem Fall bewusst über den Grundsatz des rechtlichen Gehörs hinweggesetzt, da keine schützenswerten Belange des Antragsgegners betroffen werden. Daher können die praktischen Erwägungen, wie die Beschleunigung, die Geheimhaltung, die Kosteneinsparung nicht einfach beiseite geschoben werden.¹⁾ Das Argument der h.M., eine mündliche Verhandlung sei bei Zurückweisung der Anträge stets anzuordnen, da es dadurch dem Antragsteller ermöglicht werde, die Bedenken des Gerichts auszuräumen und es ggfs. doch noch zum Erlaß der einstweiligen Verfügung zu veranlassen, überzeugt nicht. Das Bedürfnis nach rechtlichem Gehör besteht für den Fall der beabsichtigten Antragszurückweisung in gleichem Umfang wie bei einem beabsichtigten Verfügungserlaß. Beabsichtigt das Gericht die einstweilige Verfügung zu erlassen, so hat der Antragsgegner großes Interesse daran zuvor (erstmalig) gehört zu werden, um das Gericht umzustimmen. Der Antragsteller hatte bereits im Gegensatz zum Antragsgegner die Möglichkeit in Form seines Antrages seinen Standpunkt darzulegen, wohingegen der Antragsgegner, sofern keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, überhaupt gar keine Möglichkeit der Stellungnahme hat. Aus der beabsichtigten Ablehnung erwächst daher kein gesteigertes Bedürfnis zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Für den Fall der beabsichtigten Antragszurückweisung kann folglich nur das gesetzlich festgelegte Abgrenzungskriterium der besonderen Dringlichkeit dazu führen, daß auf eine mündliche Verhandlung verzichtet bzw. eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Wohl wird in der Regel die Dringlichkeit im Sinne

1) Heinz/Stillner, WRP 79, 626

von § 937 Abs. 2 ZPO zu verneinen sein, wenn das Gericht dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht stattgeben will, jedoch ist das Gericht dann nicht schon der Prüfung der besonderen Dringlichkeit enthoben. ¹⁾ Eine vom Einzelfall losgelöste generelle Sonderbehandlung der Fälle der beabsichtigten Antragszurückweisung ist nicht gerechtfertigt.

4. Die Schutzschrift als Korrektiv im Recht gegen unlauteren Wettbewerb

Das Rechtsinstitut der Schutzschrift hat keine gesetzliche Grundlage und ist im Wettbewerbsrecht entwickelt worden, da hier die Folgen des Erlasses einer einstweiligen Verfügung besonders einschneidend und existenzbedrohend sein können. ²⁾ Inzwischen ist die Schutzschrift als vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen zu erwartenden Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ganz allgemein anerkannt. Schutzschriften gelten nach h.M. schlechthin, also auch außerhalb des Wettbewerbsprozesses. ³⁾ Ursprünglich war es das einzige Ziel einer Schutzschrift, eine Entscheidung im Beschlußverfahren, also ohne vorherige mündliche Verhandlung zu verhindern, in dem man in der Schutzschrift Gründe darlegte, die zur Verneinung eines besonders dringenden Falles führten. ⁴⁾ Die Rechtsprechung hat diese einengende Auffassung dahingehend erweitert, daß der Schutzschrift auch für den sachlichen Streit selbst Bedeutung zukommen soll. Mit der Schutzschrift soll der Antragsgegner seine eigene Version des Streites vorweg darlegen und glaubhaft machen können, um so einer nachteiligen, ohne Anhörung ergehenden Entscheidung, möglichst vorzubeugen. ⁵⁾ Die Schutzschrift stellt

1) R. Schmidt NJW 75, 2022

2) Teplitzky NJW 80, 1667

3) Teplitzky NJW 80, 1668; Thomas/Putzo § 935 Anm. 4; Zöller-Stephan § 937 Anm. 4; a.A. Leipold RdA 83, 164

4) Pastor WRP 72, 229; Pastor S. 117: tritt dafür ein, die Bedeutung der Schutzschrift darauf zu beschränken, daß eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung vermieden wird.

5) May S. 36 f, 47 ff; Leue MDR 84, 349

somit eine besondere Form der Gewährung rechtlichen Gehörs dar¹⁾ und ist daher wie ein im Verfahren erfolgter Vortrag zu berücksichtigen. Das Argument Pastor's die Schutzschrift dürfe deshalb inhaltlich nicht berücksichtigt werden, weil dem Antragsgegner zu diesem Zeitpunkt der Antrag noch nicht zugestellt und dieser daher an dem Verfahren noch nicht beteiligt sei, ist nicht zutreffend. Nach allgemein anerkannter Ansicht²⁾ wird wegen der Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens die Rechtshängigkeit und das Prozeßrechtsverhältnis von Antragsteller und Antragsgegner bereits mit Einreichung der Antragsschrift begründet. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum eine präsente und ohne Zeitverlust zur Kenntnis zu nehmende Äußerung des Antragsgegners nicht berücksichtigt werden sollte, zumal dadurch eine Grundrechtsverkürzung von Artikel 103 GG vermieden wird.³⁾

VII. Die Beweisführung im einstweiligen Verfügungsverfahren

§ 92o Abs. 2 ZPO bestimmt, daß der Anspruch und der Verfügungsgrund glaubhaft zu machen sind. § 92o Abs. 2 ZPO ist über seinen Wortlaut hinaus auch auf die Prozeßvoraussetzungen anzuwenden.⁴⁾ Gesetzlich geregelt ist die Glaubhaftmachung in § 294 ZPO. Dort ist nur geregelt, daß als Beweismittel auch die Versicherung an Eides Statt zugelassen ist, und daß eine Beweisaufnahme nur zulässig ist, wenn sie sofort stattfinden kann. Den eidesstattlichen Versicherungen der Parteien wird in der Praxis kein allzu grosses Vertrauen entgegengebracht, da sie oft leichtfertig abgegeben werden und meist nichts anderes als eine eindringliche Parteierklärung darstellen. Dritte sind sich oft der Strafbar-

1) Teplitzky WRP 80, 373

2) Hanseatisches OLG WRP 77, 495 f; OLG Stuttgart NJW 56, 426; Hanseatisches OLG MDR 65, 755; OLG Köln NJW 73, 2071; OLG Nürnberg WRP 77, 596; Baumbach-Lauterbach § 92o Anm. 1 B; Zöllner/Stephan § 92o Anm. 12; OLG Düsseldorf WRP 80, 561; OLG Düsseldorf WRP 81, 652

3) Teplitzky NJW 80, 1667; OLG München WRP 83, 358

4) Teplitzky JUS 81, 124

keit falscher Erklärungen nicht ausreichend bewusst und unterschreiben, was ihnen vorgelegt wird, ohne ihre Wahrnehmungen selbst zu formulieren.¹⁾ Die inhaltlichen Anforderungen an die Glaubhaftmachung bleiben offen. Die Glaubhaftmachung bedeutet gegenüber der Beweisführung im normalen Verfahren eine Erleichterung. Der genaue Grad der Überzeugung ist unbestimmt. Manche sprechen von guter Möglichkeit²⁾, andere von überwiegender Wahrscheinlichkeit³⁾ der Wahrheit der tatsächlichen Behauptung. Streitig ist⁴⁾, ob der Umfang der Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast sich nach allgemeinen Regeln richtet und diesen entsprechend auf die im normalen Klageverfahren vom Kläger vorzutragenden Tatsachen beschränkt ist⁵⁾ oder ob der Antragsteller im Eilverfahren alle entscheidungserheblichen Umstände glaubhaft machen muss, also beispielsweise auch, daß seinem Begehren keine Einreden entgegenstehen.⁶⁾ Überzeugend ist eine vermittelnde Ansicht, die grundsätzlich keine Veranlassung sieht von den normalen Beweislastgrundsätzen abzuweichen, zumal wenn man berücksichtigt, daß im summarischen Verfahren die Beweisführung insoweit erleichtert ist, als die bloße Glaubhaftmachung genügt und kein Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts erforderlich ist. Ausnahmsweise soll es dann zu einer Umverteilung der Beweislast kommen, wenn der Antragsgegner vor Erlaß der Entscheidung keine Möglichkeit hatte, seinen Standpunkt darzulegen. Sofern sich aus dem Vortrag des Antragstellers Hinweise darauf ergeben, daß dem Antragsgegner möglicherweise eine Einwendung zusteht, dann muss der Antragsteller glaubhaft machen, daß sein Anspruch einwendungsfrei besteht. Über die fehlende Anhörung hinaus, kann es dem Antragsgegner nicht noch zugemutet werden, ihn zwecks Geltendmachung seiner Gegenrechte auf das Rechtsmittelverfahren zu verweisen.⁷⁾

1) Baumbach-Lauterbach § 294 Anm. 3

2) Rosenberg-Schwab § 113 III 1

3) Baumbach-Lauterbach § 294 Anm. 1 A

4) Stein-Jonas § 92o II 2 b Rdz. 1o

5) Plassmann NJW 66, 958; Baur BB 64, 612; Ostler MDR 68, 715
Wieczorek § 936 B II a 2

6) RG Seuff A 6o, 2o; OLG Düsseldorf GRUR 59, 55o; OLG Stuttgart GRUR 62, 526; Fenge JurA 7o, 561; Stein-Jonas § 92o Anm. II 2 b Rdnr. 1o : bezeichnet diese Auffassung als die herrschende.

7) Teplitzky JUS 81, 125; Stein-Jonas § 92o II Rdnr. 11; OLG

Karlsruhe WRP 82, 17o

VIII. Die Sicherheitsleistung

Das Gericht kann die einstweilige Verfügung ohne Anordnung einer Sicherheitsleistung erlassen. Es kann aber auch den Erlaß der einstweiligen Verfügung bzw. die Vollziehung der einstweiligen Verfügung von einer zuvor erbrachten Sicherheitsleistung als Bedingung abhängig machen.¹⁾

Entsprechend den Grundsätzen zu § 945 ZPO soll es nach überwiegender Meinung vorzuziehen sein, die Vollziehung und nicht die Anordnung der einstweiligen Verfügung mit der Leistung der Sicherheit zu verknüpfen, denn die Anordnung allein verursache keinen ersatzfähigen Schaden.²⁾ § 921 Abs. 2 Satz 1 ZPO ordnet an, daß das Gericht die Leistung einer Sicherheit dann anordnen kann, wenn der Antragsteller den Anspruch oder den Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht hat. Es besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, daß die Sicherheitsleistung keinen Ersatz für die Glaubhaftmachung darstellt, sondern daß sich das Gericht mit einem geringeren Grad von Überzeugung begnügen darf.³⁾

Die Sicherheitsleistung wirkt nur in Bezug auf die Glaubhaftmachung ergänzend, nicht aber auch auf die Schlüssigkeitstatsachen von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund.⁴⁾ Nach § 921 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann das Gericht den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bzw. deren Vollziehung auch trotz Glaubhaftmachung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen. Praktisch wird dies dann, wenn die Vermögensverhältnisse des Antragstellers es fraglich erscheinen lassen, ob er bei späterer Aufhebung der einstweiligen Verfügung die Schadensersatzansprüche aus § 945 ZPO erfüllen kann, oder daß der Vollzug der einstweiligen Verfügung einen besonders grossen Schaden befürchten läßt.⁵⁾ Als Nachteile, deretwegen Sicher-

1) Baumbach-Lauterbach § 921 Anm. 2 B a

2) Stein-Jonas § 920 III 1 Rdnr. 10

3) Stein-Jonas § 921 II 1 Rdnr. 5

4) Baumbach-Lauterbach § 921 Anm. 2 A a; Stein-Jonas § 921 II 2 Rdnr. 6

5) Zöllner-Stephan § 921 Anm. 3; Stein-Jonas § 921 II 3 Rdnr. 7

heit geleistet wird, kommen nur solche in Betracht, die sich aus dem Vollzug der einstweiligen Verfügung ergeben. Der Schaden, der dem Antragsgegner unter Umständen bereits durch den bloßen Erlass der einstweiligen Verfügung entstehen kann, ist nach § 945 ZPO nicht ersatzfähig, weshalb eine Sicherheitsleistung dafür nicht in Betracht kommt.¹⁾ Das Gericht bestimmt die Art (z.B. Pfandbestellung oder Bankbürgschaft) und die Höhe der zu leistenden Sicherheit nach freiem Ermessen.²⁾

5. Kapitel :

Der Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO

I. Die Voraussetzung der Haftung aus § 945 ZPO

§ 945 ZPO bestimmt, daß dem Antragsgegner gegen den Antragsteller ein Schadensersatzanspruch zusteht, sofern die einstweilige Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt war oder sie auf Grund der §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO aufgehoben worden ist. Ein Schadensersatzanspruch wird nach § 945,1. Alternative ZPO dann nicht ausgelöst, wenn später Umstände eingetreten sind, die der einstweiligen Verfügung nachträglich ihre Berechtigung genommen haben. Der Eintritt derartiger Umstände berechtigt den Antragsgegner lediglich dazu, nach § 927 ZPO die Aufhebung der einstweiligen Verfügung zu verlangen.

Eine einstweilige Verfügung ist beispielsweise dann von Anfang an ungerechtfertigt, wenn der Verfügungsanspruch schon zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung gefehlt hat. Ein Verfügungsanspruch fehlt in diesem Sinne auch dann, wenn die Norm, aus der der Antragsteller sein Recht ableitet vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist.³⁾

1) Stein-Jonas § 921 II 3 Rdnr. 8; Baumbach-Lauterbach § 921 Anm. II B b

2) Stein-Jonas § 921 II 4 Rdnr. 9; Baumbach-Lauterbach § 921 Anm. II B b

3) Thomas/Putzo § 945 Anm. 1

Hatte das Gericht zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses zu Unrecht das Vorliegen eines Verfügungsgrundes angenommen, so greift § 945 ZPO nach ganz h.M. ebenfalls ein.¹⁾ Die einstweilige Verfügung ist somit nicht schon deshalb unberechtigt, weil sich die Gefährdung später als nicht vorhanden erwies,²⁾ denn es ist immer unsicher, ob später ein Ereignis eintritt, dessen Eintreten man zunächst befürchtet.³⁾

Aus der unrichtigen Annahme einer Prozeßvoraussetzung folgt kein Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO.⁴⁾

Umstritten ist die Frage, ob die fehlende Glaubhaftmachung, trotz objektiven Vorliegens des Verfügungsanspruchs und des Verfügungsgrundes einen Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO auslösen kann. Zwar hätte damals die einstweilige Verfügung nicht ergehen dürfen, aber maßgebend ist, daß die Maßnahme im Ergebnis zu Recht angeordnet wurde, so daß ein Schadensersatzanspruch entfällt.⁵⁾ Der Anspruch umfasst den Schaden, der durch die Vollziehung der angeordneten Maßregel oder die Sicherheitsleistung, die der Abwendung oder Aufhebung der Maßregel diene, entstanden ist. Da die Vollstreckung der Leistungsverfügung durch Sicherheitsleistung nicht abgewendet werden kann, muss das Erfordernis der in § 945 ZPO vorgesehenen Sicherheitsleistung bei der Leistungsverfügung dahingehend verstanden werden, daß der Schuldner die Vollziehung der Maßregel durch Erfüllung des Anspruchs abwendet.⁶⁾

Davon zu trennen ist der Schaden, der sich aus der bloßen Anord-

1) RG 67, 365, 368; Baur "Studien ..." S. 104; Baur/Stürner § 49 VI 1 a Rdnr. 892; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 2 A

2) BGH NJW 79, 2565

3) Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 2 A

4) OLG Düsseldorf MDR 61, 606; Baur "Studien ..." S. 104 f; Baur/Stürner § 49 VI 1 a Rdnr. 892; a.A. Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 2 A; Zöller-Stephan § 945 Rdnr. 8

5) Baur "Studien ..." S. 105; Baur-Stürner Rdnr. 892; Bruns ZV § 45 VII 1 a; Stein-Jonas § 945 II 1 Rdnr. 22; Jauernig ZV § 36 V; a.A. Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 2 A; Bruns ZZP 65, 69: stützt diese Auffassung auf § 921 Abs. 2 ZPO, der zulässt, daß Mängel in der Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung kompensiert werden können.

6) BGH NJW 64, 642, 644; Baur "Studien ..." S. 107 f

nung der Maßregel ergibt. Er ist, wie dies dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, nicht nach § 945 ZPO zu ersetzen.¹⁾ Dementsprechend lehnt es die h.M. auch ab, daß die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens über § 945 ZPO ersetzt verlangt werden können, da sie nicht durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstehen, sondern bereits durch das zum einstweiligen Verfügungsbefehl führende Verfahren verursacht werden.²⁾ Die gesetzliche Vorschrift des § 945 ZPO wird von der Rechtsprechung und Lehre sogar soweit interpretiert, daß auch die Kosten, die der Antragsgegner im Widerspruchsverfahren aufwenden muss, nicht über § 945 ZPO ersetzt verlangt werden können. Das Widerspruchsverfahren wende sich ausschliesslich gegen die Anordnung der einstweiligen Verfügung. Die Vollziehung werde durch die Einlegung des Widerspruchs noch nicht einmal gehemmt.³⁾

II. Die Bindungswirkung vorangegangener Entscheidungen

Erwähnenswert ist noch die in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortete Frage, inwieweit das Schadensersatzgericht über die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches selbständig entscheidet bzw. inwieweit es an andere Entscheidungen gebunden ist.

Der Schadensersatzanspruch ist in einem ordentlichen und somit einem vom einstweiligen Verfügungsverfahren vollkommen getrennten Verfahren geltend zu machen.⁴⁾

Grundsätzlich entscheidet das Gericht über die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches selbständig.⁵⁾ Von diesem Grundsatz gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen:

Liegt eine rechtskräftige Sachentscheidung in der Hauptsache vor

1) Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 4 B a; Stein-Jonas § 945 I 2 d Rdnr. 6; Bruns ZV § 45 VII 3; Jauernig ZV § 36 V; Löwer ZRP 75, 236 ff (1962)

2) LG Mainz NJW 54, 560; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 4 B a; Thomas/Putzo § 945 Anm. 5; Rosenberg § 213 VI 2; a.A. Stein-Jonas § 945 I 2 d Rdnr. 6; Zöller-Stephan § 945 IV 2 Rdnr. 14

3) BGH Z 45, 251; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 4 B a; Thomas/Putzo § 945 Anm. 5; a.A. Löwer ZRP 75, 236

4) Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 E; Stein-Jonas § 945 IV Rdnr. 36

5) Jauernig ZV § 36 V; Baur/Stürner § 49, VII a; RGZ 106, 289, 292 157, 14, 18

und besteht eine Identität der Rechtslagen im Zeitpunkt der einstweiligen Verfügung und im Zeitpunkt des Hauptsacheverfahrens¹⁾, so ist das Schadensersatzgericht nach einhelliger Meinung wegen der materiellen Rechtskraft an diese Entscheidung gebunden.²⁾ Diese Bindung reicht nur soweit wie der rechtskraftfähige Inhalt der Entscheidung. Die Bindungswirkung bezieht sich somit nur auf den Verfügungsanspruch. Über das Vorliegen des Verfügungsgrundes wird im Hauptsacheverfahren nicht entschieden, also wird die Entscheidung darüber im Schadensersatzprozeß auch nicht präkludiert.³⁾ Demzufolge ist auch ein Prozeßurteil in der Hauptsache für den Schadensersatzprozeß ohne Bedeutung.

Wurde gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch oder Berufung eingelegt und hatte dies die Aufhebung der Eilmaßnahme wegen Fehlens des Verfügungsanspruchs oder -grundes zur Folge, so nimmt die h.M. eine Bindung des Schadensersatzgerichtes an.⁴⁾ Diese Bindung wird mit der Rechtskraftwirkung der Rechtsbehelfsentscheidung begründet.⁵⁾

Ist die einstweilige Verfügungen auf einen gegen sie eingelegten Rechtsbehelf hin bestätigt worden, so differenziert die h.M. zwischen dem Verfügungsgrund und dem Verfügungsanspruch. Über das Vorliegen des Verfügungsgrundes soll für das Schadensersatzgericht bindend entschieden worden sein,⁶⁾ bezüglich der Beurteilung des Verfügungsanspruchs soll das Schadensersatzgericht hingegen frei entscheiden können.⁷⁾ Die fehlende Bindung des Schadensersatz-

1) Bruns ZZP 65, 69; Teplitzky NJW 84, 850; Stein-Jonas § 945 Rdnr. 26 Fußnote 57

2) Teplitzky NJW 84, 850; Baur "Studien..." S. 105, Bruns ZZP 65, 67, 69; Baur/Stürner § 49 VI Rdnr. 893; Jauernig ZV § 36 V; Thomas/Putzo § 945 Anm. 2 a; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 B; Schwerdtner NJW 70, 597

3) Baur/Stürner § 49 6 I a aa; Thomas/Putzo § 945 Anm. 2 a; Jauernig ZV § 36 V

4) RGZ 65, 67; 67, 365, 367; 143, 118; RG JW 11, 819; Rosenberg § 213 IV 1 a; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 C a; Thomas/Putzo § 945 Anm. 2 b; Schwerdtner NJW 70, 597

5) stellvertretend für die h.M.: Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 C a

6) Hanseatisches OLG MDR 50, 304; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 C b; Thomas/Putzo § 945 Anm. 2 c; Schwerdtner NJW 70, 597

7) RGZ 67, 365, 367; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 C b; Thomas/Putzo § 945 Anm. 2 c; Schwerdtner NJW 70, 597

gerichts an die den Verfügungsanspruch bestätigende Rechtsbehelfsentscheidung wird damit begründet, daß das Rechtsbehelfsgericht diese Entscheidung nur in einem summarischen Verfahren gefällt habe.

Die Differenzierung zwischen bestätigenden und aufhebenden Rechtsbehelfsentscheidungen wird in der Literatur zunehmend kritisiert. Baur ¹⁾ hält die h.M. schon im Ansatz dogmatisch für verfehlt und sieht den wahren Grund für diese Rechtsprechung nur in Harmonisierungsbemühungen bezüglich der Rechtsbehelfs- und der Schadensersatzentscheidung. Auch Grunsky ²⁾ wendet sich energisch gegen die derzeit herrschende Meinung. Es besteht keinerlei Bindungswirkung hinsichtlich des Bestandes des Verfügungsanspruches ³⁾. Er begründet dies damit, daß auch im Verhältnis von der einstweiligen Verfügung zu der Hauptsachentscheidung unstreitig keine Rechtskraftwirkung bestehe. ⁴⁾ Wegen des summarischen Charakters des einstweiligen Verfügungsverfahrens sei der Antragsteller anerkanntermaßen nicht daran gehindert, seinen Anspruch zusätzlich im Hauptverfahren überprüfen zu lassen. Die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen wird bewusst in Kauf genommen, da man den Antragsteller mit einer Beschränkung auf das summarische Verfahren in rechtsstaatlich unvertretbarer Weise einschränken würde. Die gleichen Überlegungen müßten auch für das Verhältnis von einstweiligem Verfügungsverfahren zum Schadensersatzverfahren Geltung beanspruchen. Eine unterschiedliche Behandlung von einstweiligem Verfügungsverfahren zum Hauptsacheverfahren und zum Schadensersatzverfahren sei nicht gerechtfertigt. Grunsky lehnt nicht nur eine Bindung hinsichtlich eines angeblich fehlenden Verfügungsanspruches ab, sondern auch hinsichtlich einer Rechtsbehelfsentscheidung, soweit sie sich auf den Verfügungsgrund bezieht. Im Rechtsbe-

1) Baur "Studien ..." S. 106

2) Grunsky in Stein-Jonas § 945 II 2 c) aa)bb) Rdnr. 29, 30, 32

3) Bruns ZZP 65, 69 ders. "Zwangsvollstreckungsrecht" § 45 VII 2 a Baur "Studien ..." S. 106; Jauernig ZV § 36 V; Teplitzky NJW 84 850; OLG Karlsruhe WRP 84, 102

4) siehe dazu oben Seite 135

helfsverfahren werde eine nur summarische Entscheidung getroffen und den Parteien müsse es daher möglich sein, die Frage des Vorliegens eines Verfügungsgrundes im ordentlichen Erkenntnisverfahren abklären zu lassen.

Die h.M. erkennt dem Schadensersatzgericht dann volle Entscheidungsfreiheit zu, wenn es im einstweiligen Verfügungsverfahren zu keiner endgültigen Entscheidung gekommen ist, weil beispielsweise der Widerspruchs- oder Berufungsantrag zurückgenommen wurde, die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt oder weil sie das einstweilige Verfügungsverfahren mit einem Vergleich abgeschlossen haben. Die h.M. hält das Schadensgericht auch dann in seiner Entscheidung für völlig frei, wenn die Parteien gegen die einstweilige Verfügung gar kein Rechtsmittel eingelegt haben.¹⁾

Nach Grunsky²⁾ bestehen gegen die h.M. auch insoweit dogmatische Bedenken. Da die h.M., wie bereits oben ausgeführt, die Bindungswirkung mit der Rechtskraftwirkung der Vorentscheidungen begründe, müsse eine einstweilige Verfügungsentscheidung, die durch Urteil erlassen worden und somit der formellen und materiellen Rechtskraft fähig sei, auch dann für das Schadensersatzgericht bindend sein, wenn die Rechtsmittelfrist unbenutzt verstrichen ist. Das bedeute, daß die Frage der Bindungswirkung unabhängig von der Rechtsmittelinlegung gelöst werden müsse.

1) RG 58, 239; 65, 196 f; 67, 365 f; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 D; Jauernig ZV § 36 V; A. Blomeyer § 119 V 2 a; Klausener MDR 81, 716

2) Grunsky in Stein-Jonas § 945 II 2 a Rdnr. 24

3. Hauptteil: Vergleich der beiden Rechte und kritische Analyse

1. Kapitel:

Der Verfügungsgrund

I. Die Glaubhaftmachung der Dringlichkeit im Gegensatz zur Dringlichkeitsvermutung

Es ist zu überlegen, ob im Bereich des Verfügungsgrundes Änderungen möglich sind, die eine weitere Zunahme einstweiliger Verfügungsentscheidungen verhindern. Primär soll untersucht werden, ob sich hierfür Lösungsansätze aus dem New Yorker Recht ergeben.

Wie auch im deutschen Recht, gibt es im Recht von New York keine gesetzliche Bestimmung, die einen Verfügungsgrund expressis verbis definiert. Das Erfordernis eines Verfügungsgrundes lässt sich jedoch aus den §§ 6301, 6312 und 6313 CPLR ableiten.¹⁾ Nach diesen Vorschriften besteht der Verfügungsgrund u.a. in der Gefährdung der Rechte des Klägers. Die Gefährdung besteht darin, daß für den Fall der preliminary injunction eine Entscheidung in der Hauptsache und für den Fall der temporary restraining order eine Entscheidung im Verfahren der preliminary injunction nicht abgewartet werden kann, ohne daß dadurch der jeweilige Anspruch des Klägers vereitelt würde. Nur im Ausnahmefall der temporary restraining order muss der Kläger die besondere Dringlichkeit glaubhaft machen.

Im Gegensatz zum deutschen Recht muss im Recht von New York im Regelfall der preliminary injunction keine Glaubhaftmachung der Dringlichkeit seitens des Klägers erfolgen. Es besteht vielmehr insoweit eine Dringlichkeitsvermutung, die der Beklagte dann durch die Einreden "Acquiescence" und "Doctrine of laches" widerlegen kann. Eine Übernahme dieser Dringlichkeitsvermutung in unsere Rechtsordnung empfiehlt sich nicht, da mit dem Abbau des Erfordernisses der Glaubhaftmachung der Dringlichkeit der Erlass einstweiliger Verfügungen erleichtert wird.

1) §§ 6301, 6312 und 6313 CPLR, wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

Das folgt aus dem Umstand, daß in der deutschen Rechtspraxis im Gegensatz zu der New York's die Anhörung des Antragsgegners nicht der Regelfall ist und dieser daher nicht im gleichen Umfang wie der Beklagte im Recht von New York die Möglichkeit hat, die Dringlichkeitsvermutung zu widerlegen. Es ist daher vorzuziehen, es bei der deutschen Regelung zu belassen, die nur für den Ausnahmefall des § 25 UWG, bedingt durch die Besonderheiten des materiellen Rechts eine Dringlichkeitsvermutung kennt.¹⁾

II. Das Irreparabilitätserfordernis als zusätzliche Erlaßvoraussetzung

Das Recht von New York fordert, daß dem Antragsteller für den Fall des Nichterlassens der einstweiligen Verfügung ein irreparabler Schaden droht.²⁾ Dieses Erfordernis ist systematisch dem Verfügungsgrund zuzuordnen.

Im Gegensatz dazu schliesst das deutsche Recht einen Verfügungsgrund nicht aus, wenn der drohende Schaden völlig durch Schadensersatzleistungen ausgeglichen werden kann.³⁾ Das Hanseatische OLG hat in einer Entscheidung vom 8.11.1949⁴⁾ im Rahmen des Verfügungsgrundes die Schwierigkeit der Durchsetzbarkeit eines Schadensersatzanspruchs berücksichtigt und damit das Vorliegen des Verfügungsgrundes begründet. Man könnte daran denken, diese Entscheidung im Sinn der New Yorker Rechtssprechung auszulegen und das Vorliegen eines Verfügungsgrundes nur dann zu bejahen, wenn dem Antragsteller ein Schaden droht, der nicht durch Geld ausgeglichen werden kann. Dieser Gedanke ist dem deutschen Recht auch nicht völlig fremd, da ähnliche Regelungen bereits bei dem Vorläufer der ZPO aufgenommen worden waren. So bestimmte der "Entwurf einer allgemeinen Civilprozeß-

1) Thomas/Putzo § 94o Anm. 3; OLG Hamburg MDR 74, 148; OLG München GRUR 76, 150; Hadding ZHR 130, 1 (36) : Ist für eine analoge Anwendung von § 25 UWG, wenn Unterlassungsansprüche im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen betroffen sind, deren Anspruchsgrundlage nicht im UWG geregelt ist.

2) Quandt's Wholesale Distributors, Inc. v. Giardino (1982) 448 NYS 2d 809

3) Wieczorek § 935 Anm. B I a und § 94o C I; Stein-Jonas § 94o Anm. III 2, Rdnr. 10

4) Hans OLG GRUR 50, 76 (81)

ordnung für die deutschen Bundesstaaten" aus dem Jahre 1866 in § 540: "Während eines bereits anhängigen Rechtsstreits, sowie zur Einleitung eines solchen, können einstweilige Verfügungen ...erlassen werden, wenn eine Partei einen un- ersätzlichen oder schwer zu ersetzenden Schaden zu besorgen hat...". Ähnliche Regelungen waren auch in § 625 der "Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden" von 1864, in § 519 der "Allgemeinen Prozeßordnung für das Königreich Hannover" aus dem Jahre 1850, in Artikel 605 I der "bayrischen Prozeßordnung" im Jahre 1869 getroffen worden.

In der Literatur haben sich bisher nur Hobbeling¹⁾ und Leipold²⁾ mit dem "Irreparabilitätsgedanken" auseinandergesetzt. Es ist Leipold darin zuzustimmen, daß bei der derzeitigen Rechts- lage ein eklatanter Wertungswiderspruch zwischen den Interessen des Antragstellers und denen des Antragsgegners besteht. Dieser Wertungswiderspruch ist darin zu sehen, daß man den Antragsgegner für den Fall des einstweiligen Verfügungserlasses pauschal auf den Schadenersatzanspruch nach § 945 ZPO verweist. Der Schadenersatzanspruch bietet dem Antragsgegner schon deshalb keinen generell ausreichenden Schutz, weil die Realisierbarkeit dieses Anspruchs nicht gesichert ist. Auch kann der Schadens- nachweis für den Antragsgegner im Einzelfall schwierig sein. Der Antragsteller hingegen muss sich nicht auf die Möglichkeit eines späteren Ersatzanspruchs verweisen lassen. Einer Übernahme der New Yorker Rechtsprechung in das deutsche Recht kann nicht entgegengehalten werden, daß das Irreparabi- litätserfordernis des New Yorker Rechts ausschliesslich auf

1) Hobbeling S. 24 ff : Hobbeling beschränkt sich bei seiner Unter- suchung des Irreparabilitätsaspektes auf die Frage, ob durch den Erlaß einstweiliger Verfügungen für den Antragsgegner irreparable Folgen entstehen - er läßt die Erörterung der Frage außer Betracht, ob dem Antragsteller aus dem Nichterlaß irre- parable Schäden drohen müssen.

2) Leipold S. 90

die frühere unterschiedliche Zuständigkeit von Court und Chancery zurückzuführen sei, da insofern ein Funktionswandel stattgefunden hat. Das Irreparabilitätsersfordernis ist dogmatisch dem Verfügungsgrund zuzuordnen und mit ihm soll sichergestellt werden, daß der außerordentliche Rechtsweg eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nur dann Anwendung finden soll, wenn die zeitliche Verzögerung eines ordentlichen Verfahrens für den Kläger unzumutbar ist. Das Erfordernis der Irreparabilität wird somit nicht im eigentlichen Wortsinne, sondern umfassend ausgelegt.

Ein Schaden ist daher nicht nur dann irreparabel, wenn er nicht in Geld ausgeglichen werden kann, sondern auch, wenn sich der drohende Schaden nicht beziffern lässt, wenn das Verhalten des Beklagten das Affektionsinteresse des Klägers zu verletzen droht, wenn der Beklagte vermögenslos ist oder wenn der Kläger mehrere Klagenanhängig machen müsste. Man sollte den Begriff der "Irreparabilität" daher durch den der "Unzumutbarkeit" ersetzen.

Würde man die New Yorker Rechtsprechung insoweit in das deutsche Recht übernehmen und im Rahmen des Verfügungsgrundes von dem Antragsteller verlangen, daß er zusätzlich glaubhaft macht, die Durchführung eines Schadensersatzprozesses sei für ihn unzumutbar, so hätte dies sicherlich die erfreuliche Folge einer Verminderung einstweiliger Verfügungsverfahren.

Außerdem würde dadurch der Wertungswiderspruch zwischen den Interessen des Antragstellers und denen des Antragsgegners zwar abgemildert, wenn auch nicht völlig beseitigt. Auch der Antragsteller müsste sich auf die Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen verweisen lassen, könnte dies allerdings durch Glaubhaftmachung der Unzumutbarkeit abwenden. Der Antragsgegner dagegen kann nicht die Unzumutbarkeit eines Schadensersatzanspruches aus § 945 ZPO einwenden. Insoweit würde also der Wertungswiderspruch zwischen den Parteien nicht vollkommen beseitigt werden.

Gegen eine Übernahme des Irreparabilitätsgrundsatzes sprechen

vorallem auch praktische Erwägungen. Am deutlichsten wird dies für den Fall, daß der Antragsteller die Vermögenslosigkeit des Antragsgegners befürchtet. Diese Vermögenslosigkeit müsste er glaubhaft machen, um eine Verweisung auf einen Schadensersatzanspruch auszuschliessen. Der Nachweis der Liquiditätsschwierigkeiten wird zumeist schwierig sein, in jedem Fall aber eine zeitliche Verzögerung mit sich bringen, die im Einzelfall soweit gehen kann, daß der begehrte einstweilige Rechtsschutz zu spät käme. Die Verschärfung der Erlaßvoraussetzung für einstweilige Verfügungen birgt die Gefahr der Rechtsschutzverweigerung.

Eine Übernahme des Irreparabilitätsgrundsatzes erscheint jedoch noch aus anderem Grund bedenklich, der sich daraus ergibt, daß in New York Schadensersatz grundsätzlich in Form des Geldersatzes und in der Bundesrepublik Deutschland gemäss §§ 249 ff BGB grundsätzlich in Form von Naturalrestitution und nur ausnahmsweise durch Geldersatz geleistet wird. Durch die Übernahme des Irreparabilitätsgrundsatzes würde dieses Regel- Ausnahme-Prinzip in sein Gegenteil verkehrt. Verweist man den Antragsteller auf seinen Schadensersatzanspruch, so kann dieser niemals in Form von Naturalrestitution bestehen, denn wäre Naturalrestitution noch zu diesem späteren Zeitpunkt möglich, dann wäre schon der Verfügungsgrund der Dringlichkeit nicht gegeben, denn dann hätte der Antragsteller auch ein ordentliches Hauptsacheverfahren abwarten können. Schadensersatz wird daher nur noch in Form von Geldersatz möglich sein.

Die Übernahme des Irreparabilitätsgrundsatzes ist daher wegen grundsätzlicher Unterschiede der Rechtssysteme von New York und der Bundesrepublik Deutschland insgesamt nicht empfehlenswert.

2. Kapitel:

Die Interessenabwägung

I. New York: Interessenabwägung als Korrektiv zur Hauptsacheprognose

Die Ausführungen der New Yorker Rechtsprechung und Literatur und der deutschen Literatur zu der Frage der Interessenabwägung lassen eine erstaunliche Übereinstimmung erkennen.

Nach der in New York herrschend vertretenen Auffassung, muss der Kläger das Bestehen seines materiellen Hauptsacheanspruchs und somit die Wahrscheinlichkeit seines Hauptsachesieges glaubhaft machen.¹⁾ Vereinzelt wird aber auch die Ansicht vertreten, daß bei der Entscheidung über den Erlaß von temporary injunctions die Prüfung der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges außer Betracht bleiben könne²⁾ und stattdessen ausschliesslich eine Abwägung der Parteiinteressen streitentscheidend sei.³⁾ Dadurch werde dem Kläger die unzumutbare Last genommen, seine materielle Berechtigung in einem summarischen Verfahren mit nahezu der gleichen Gründlichkeit wie in dem Hauptsacheverfahren vortragen zu müssen.⁴⁾ Die Richtigkeit einer rechtlichen Überprüfung, die sich nur auf ein summarisches Verfahren stützen kann, sei äusserst zweifelhaft.⁵⁾ Diese Ansicht wird jedoch überwiegend abgelehnt. Gerade die Prognose der Wahrscheinlichkeit eines Hauptsachesieges vermindere die Gefahr unrichtiger Entscheidungen. Andernfalls hätten ein unredlicher und ein redlicher Kläger die gleichen Chancen, den Erlaß einer preliminary injunction zu erreichen.⁶⁾ Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung hat sich die New Yorker Rechtsprechung zwischen den

1) Quandt's Wholesale Distributors, Inc. v. Giardino (1982) 448 NYS2d 809; American Cynamid Co. v. Public Service Commission (1980) 431 NYS2d 336

2) Criminis v. American Stock Exchange Inc. , 346 FSupp 1256 (S.D.N.Y 1972)

3) Semmes Motors Inc. v. Ford Motor Co. 429F2d , 1197 (2d. Circ. 1970)

4) Note 71 Col. Law Review 165 (170)

5) Leubsdorf S 533

6) Wilson S. 302

Extremen einer ausschliesslichen Vorausprüfung der materiellen Rechtslage und einen Verzicht auf jegliche Vorausprüfung zugunsten einer reinen Interessenabwägung als Erlaßvoraussetzung für die temporary injunction einen Mittelweg gewählt, in dem sie die Vornahme der Interessenabwägung als gleichwertiges Korrektiv zur Hauptsacheprognose zulässt. Der Kläger muss glaubhaft machen, daß ihm im Falle der unrechtmässigen Ablehnung seines Antrages ein irreparabler Schaden droht, der grösser ist, als der irreparable Schaden, der dem Antragsgegner aus dem unrechtmässigen Erlaß der Maßnahme droht.¹⁾ Das im New Yorker Recht aufgestellte Erfordernis einer Interessenabwägung ist auf die Unzulänglichkeit der Hauptsacheprognose zurückzuführen.²⁾ Die Erfordernisse der Hauptsacheprognose und der Interessenabwägung stehen in Wechselwirkung zueinander. Die Bedeutung der Hauptsacheprognose nimmt in dem Umfang ab, wie der dem Kläger drohende Nachteil zunimmt.³⁾ Umgekehrt kommt es auf eine Interessenabwägung dann nicht mehr an, wenn der Kläger in der Hauptsache mit hundertprozentiger Sicherheit obsiegen wird.

II. Verzicht auf die Hauptsacheprognose zugunsten der Interessenabwägung

Der in der deutschen Literatur von Leipold⁴⁾ gemachte Vorschlag zugunsten einer interessenabwägenden, offenen Verfügung, auf eine Überprüfung der materiellen Rechtslage vollkommen zu verzichten, ist abzulehnen. Leipold sieht in der Hauptsacheprognose die Ursache für die Verdrängung des ordentlichen Prozesses durch einstweilige Verfügungsverfahren. Durch die exakte Überprüfung des materiell- rechtlichen Anspruchs entstehe de facto eine Bindung des Gerichts, so daß der Antragsteller häufig die Kosten des Hauptsacheverfahrens scheue, da er wenig Hoffnung in eine Sinnesänderung des Gerichts setze. Dazu ist zu bemerken, daß

1) Parkmed Co. v. Pro-Life Counselling, Inc. (1982) 457NYS2d 27

2) Texas Pipeline Co. v. Burton Drilling Co. (1932) 54 SW2d 190

3) Note 78 Harv.L.Rev. 994 (1056)

4) Leipold S. 83 ff

ein Verzicht auf die Vorwegprüfung der Begründetheit des materiell-rechtlichen Anspruchs schwer etwas daran ändern dürfte, daß das Gericht schon auf Grund der Tatsachendarstellung eine bestimmte Rechtsauffassung hat und somit der Unterschied zur Vorwegnahme nur darin besteht, daß die Rechtsauffassung nicht offengelegt ¹⁾, das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt und der Antragsgegner mit Überraschungsentscheidungen konfrontiert wird.

Überdies gibt es kein Erkenntnismaterial über die Motive der Parteien, die auf die Durchführung des Hauptsacheverfahrens verzichten. Die Erledigung durch Zeitablauf, auf die später noch einzugehen sein wird, spielt dabei mit Sicherheit eine ebenso grosse Rolle. ²⁾

Die Möglichkeit ein Fehltrail bzw. -beschluss durch Überprüfung der materiellen Rechtslage zu vermeiden, sollte nicht der unbegründeten Angst vor der Selbstbindung des Gerichts geopfert werden.

Leipold ³⁾ stützt seine These durch Verweisung auf das verfassungsgerichtliche Verfahren nach § 32 BVerfG, in dem der Erlaß oder die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung hauptsächlich von einer Interessenabwägung abhängig gemacht werden und die Hauptsacheprognose nur als Randkorrektiv zugelassen ist.

Dagegen lässt sich jedoch zu Recht einwenden, daß sich die spezifische Situation eines Verfassungsrechtsstreits nicht auf den Zivilprozeß übertragen lässt. Gerade in Verfassungsrechtsstreitigkeiten werden äußerst schwierige und komplexe Rechtsfragen aufgeworfen, die in einem summarischen Verfahren nicht entschieden werden können und auch für die Allgemein-

1) Grunsky ZZP 85, 359, 363

2) Arens S. 86

3) Leipold ZZP 90, 267

heit und nicht nur für den Antragsteller und den Antragsgegner entscheidend sind. Außerdem wird der Antragsgegner, selbst in Verfassungsrechtsstreitigkeiten nach § 32 BVerfG, vor den Gefahren einer reinen Interessenabwägung dadurch geschützt, daß offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Anträgen nicht stattgegeben wird.¹⁾

Eine ausschliesslich auf einer Interessenabwägung basierende Entscheidungsfindung scheitert spätestens, wenn die Interessen des Antragstellers und Antragsgegner gleichwertig sind.

Auch muss bedacht werden, daß ein Verzicht auf eine materiell-rechtliche Überprüfung den Weg zur schnellen Streitbeendigung in Form von Vergleichen verbaut.²⁾

Gegen einen generellen Verzicht auf eine Vorausprüfung sprechen nicht nur praktische, sondern vorallem rechtsstaatliche Erwägungen. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung bedeutet immer einen Eingriff in die Rechte des Antragsgegners, der somit materiell-rechtlich legitimiert sein sollte.³⁾

Nur durch eine Vorausprüfung der materiell-rechtlichen Rechtslage können unrechtmässige Eingriffe in die Rechtsposition des Antragsgegners vermindert werden.⁴⁾

Andernfalls hätte ein redlicher und ein unredlicher Antragsteller, dieselben Möglichkeiten, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu erwirken.

Eine reine Interessenabwägung widerspricht außerdem dem Gesetzeswortlaut der §§ 92o, 921, 935 ZPO.

Ein weiteres entscheidendes Argument gegen eine reine Interessenabwägung wird von Leipold⁵⁾ selbst vorgebracht, in dem er auf den Zusammenhang von Interessenabwägung und der Ersatzpflicht

1) Grunsky JUS 77,217, (22o) : bezweifelt die Haltung des Bundesverfassungsgerichts und geht davon aus, daß sich das Bundesverfassungsgericht bei seinen Entscheidungen in nicht unerheblichem Ausmaß von einer Hauptsacheprüfung bestimmen läßt.

2) Arens S. 86

3) Baur " Studien..." S. 28

4) Baur/Stürner S.353. Demgemäß sind auch Gerichtsentscheidungen, die sich bei Erlaß einstweiliger Verfügungen lediglich auf eine Interessenabwägung stützen, vereinzelt geblieben, z.B. Urteil des LAG Stuttgart vom August 1973 " AR-Blattei-Arbeitskampf IV, Boykott, Sperre" mit Anmerkung von Löwisch.

5) Leipold ZJP 90, 269

nach § 945 ZPO verweist. Stützt man die Eilentscheidung ausschliesslich auf eine Interessenabwägung, dann läßt sich eine strikte Haftung des Antragstellers aus § 945 ZPO nicht mehr rechtfertigen.

III. Interessenabwägung als zusätzliche Erlaßvoraussetzung

Wenngleich auch der völlige Verzicht auf eine Hauptsacheprognose zugunsten einer reinen Interessenabwägung abzulehnen ist, so bedeutet das nicht, daß auch die für eine Interessenabwägung sprechenden Argumente abgelehnt werden sollen. Es sprechen nämlich viele Gründe dafür, wie auch in der Rechtspraxis von New York, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zusätzlich¹⁾ von einer Interessenabwägung abhängig zu machen.

Für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Interessenabwägung spricht schon der Wortlaut des § 940 ZPO, der bestimmt, daß die "Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint". Das Merkmal der "Notwendigkeit" steht auf der Tatbestandsseite und kann somit nicht erst beim Inhalt der einstweiligen Verfügung, wie dies § 938 Abs. 1 ZPO bestimmt, berücksichtigt werden. Das Tatbestandsmerkmal der "Notwendigkeit" konstituiert das Erfordernis der Güterabwägung²⁾, d.h. daß eine einstweilige Regelung nur dann notwendig sein kann, wenn die Interessen des Antragsgegners nicht außer jeglichen Verhältnisses zum Vorteil des Antragstellers stehen.³⁾ Mit der

1) a.A. Hobbeling S. 282 : " Eine derart doppelt absichernde Vorbedingung erscheint jedoch überspannt "

2) Baur/Stürner S. 356 Rdnr.89; Schilken S. 129

3) Baumbach- Lauterbach § 940 Anm. 2

einstweiligen Regelung soll die materielle Gerichtigkeit verwirklicht werden, was nur dann möglich ist, wenn durch den Erlaß der Regelungsanordnung nicht noch gewichtigere Interessen des Antragsgegners verletzt werden.¹⁾

Die kumulative Voraussetzung von Vorausprüfung und Interessenabwägung ist dem deutschen Recht auch nicht vollkommen fremd. Der Referentenentwurf des 2. ZPO-Änderungsgesetzes²⁾ zwingt das Gericht durch Anfügen eines Absatzes 3 bei § 935 ZPO, die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren des Verwaltungsrechts nach § 123 VwGO, in dem sich primär Individualinteressen gegenüber stehen, geht die h.M. davon aus, daß eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des Hauptsacheanspruchs sprechen muss.³⁾ Das Bundesverwaltungsgericht geht über den gesetzlichen Wortlaut hinaus davon aus, daß die Hauptsacheprognose allein nicht streitentscheidend ist, sondern eine Interessenabwägung als zusätzliches Prüfungselement vorzunehmen ist.

Für eine kumulative Interessenabwägung spricht vorallem die besondere prozessuale Situation, in der über den einstweiligen Rechtsschutz entschieden wird.⁵⁾

Das einstweilige Verfügungsverfahren ist ein Eilverfahren, dessen Zweck es ist, eine schnelle Entscheidung unter Vermeidung von Zeitaufwand zu fällen. Den Erfordernissen eines Eilverfahrens wird dadurch Rechnung getragen, daß der Antragsteller die den Verfügungsanspruch und -grund begründenden Tatsachen gem.

§§ 92o Abs. 2, 936, 294 Abs. 1 ZPO nur glaubhaft machen muss. Im Gegensatz dazu sollen die Anforderungen, die im Eilverfahren an die rechtliche Überprüfung gestellt werden, im Verhältnis

1)Schilken S. 129 ; Stein-Jonas § 94o III 4 Rdnr. 12

2)wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

3)Redeker v. Oertzen § 123 Anm. 17; Finkelnburg Rdnr. 118; Baumgärtel AcP 168, 4o3

4)Redeker ZRP 83, 149

5)Leipold S. 87

zu denen des Erkenntnisverfahrens nicht reduziert sein. ¹⁾
Diese Ansicht ist jedoch lebensfremd. ²⁾ Es gibt auch im Rahmen
des einstweiligen Verfügungsverfahrens äusserst schwierige
Rechtsfragen, deren Beantwortung nur mit Hilfe eines Eil-
verfahrens vernünftigerweise nicht möglich ist.

Daher sind einige Gerichte schon dazu übergegangen, bei kom-
plizierten Rechtsmaterien die Zulässigkeit des Eilverfahrens
wegen Ungeeignetheit zur Entscheidungsfindung abzulehnen. ³⁾

Grunsky ⁴⁾ stimmt dieser Haltung im Ergebnis zu, ordnet das
Problem jedoch im Bereich der Glaubhaftmachung ein, in dem
er die Ansicht vertritt, der einstweilige Verfügungsantrag
sei bei schwierigen Rechtsfragen deshalb zurückzuweisen,
weil es dem Antragsteller nicht gelungen sei, seinen Anspruch
glaubhaft zu machen.

Diesen Ansichten kann nicht zugestimmt werden, denn es kann
doch nicht dem Antragsteller angelastet werden, daß es dem
Gericht in der kurzen Zeit unmöglich ist, eine schwierige
Rechtsmaterie zu beurteilen. Wollte man den Antrag auf einst-
weiligen Rechtsschutz immer dann zurückweisen, wenn eine
komplizierte Rechtslage zugrunde liegt und somit eine Haupt-
sacheprognose nicht optimal abgegeben werden kann, dann
würde dies eine Rechtsverweigerung bedeuten.

Abgesehen von dem Sonderfall einer schwierigen Rechtsmaterie
kann auch im Bereich einfacher Rechtsfragen nicht davon aus-
gegangen werden, daß die rechtliche Überprüfung im Eilverfahren
derjenigen im ordentlichen Erkenntnisverfahren entspricht.

Dagegen spricht schon die Kürze der zur Verfügung stehenden
Zeit, die es dem Gericht nicht immer möglich macht, sich in
jedem Fall eine Überzeugung mit hinreichender Richtigkeits-
garantie zu bilden. ⁵⁾

1) Thomas/Putzo § 92o Anm. 2

2) OLG Frankfurt GRUR 61, 586; a.A. Schilken S. 117

3) Stein-Jonas § 935 II 3 Rdnr. 1o

4) in Stein-Jonas § 935 II 3 Rdnr. 6,1o

5) Leopold S. 88

Vor allem aber spricht der enge sachliche Zusammenhang zwischen der Feststellung der Tatsachen und der rechtlichen Würdigung gegen die These, daß alle Rechtsprobleme im Gegensatz zu den Tatsachenfragen mit der gleichen Gründlichkeit wie im Erkenntnisverfahren überprüft werden können.

Eine weitere prozessuale Besonderheit des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens ist darin zu sehen, daß die Gerichte vor einer Verfügungsentscheidung vielfach auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten und dem Antragsgegner auch auf andere Weise keine Gelegenheit zur Darlegung seines Standpunktes geben. Auch in diesen Fällen kann nicht unterstellt werden, daß die Rechtsprüfung, die sich ja an dem Tatsachenvortrag orientieren muss, genauso umfassend wie im Hauptsacheverfahren nach Anhörung des Antragsgegners ist. Es ist also davon auszugehen, daß sowohl die Tatsachen- als auch die Rechtsfragen de facto nur anhand eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabes gelöst werden.

Begnügt man sich aber mit einer Wahrscheinlichkeitsaussage, dann kann eine Entscheidung, die den Antragsteller bevorzugt, nicht mehr allein aus den materiell-rechtlichen Normen abgeleitet werden,¹⁾ sondern bedarf der zusätzlichen Rechtfertigung einer für den Antragsteller sprechenden Interessenabwägung.

Es ist angebracht, der New Yorker Rechtsprechung auch darin zu folgen, daß es des Korrektivs der Interessenabwägung dann nicht bedarf, wenn die Rechtslage eindeutig ist, also entweder mit hundertprozentiger Sicherheit von einem Obsiegen oder einer offensichtlichen Unbegründetheit des klägerischen Begehrens ausgegangen werden kann. Die New Yorker Rechtspraxis sollte auch insoweit übernommen werden, als es möglich ist, daß die Parteien durch ihr Verhalten ihren Anspruch auf Vornahme einer Interessenabwägung verwirken können.²⁾ So beispielsweise, wenn der Beklagte bewusst die Rechte des Klägers verletzt und darauf vertraut, wegen seiner überwiegenden Interessen dennoch eine einstweilige Verfügung abwehren zu können. Gleichfalls

1) Leipold S. 89

2) Dobbyn S. 135 , American Jurisprudence 2ed.Vol.42, § 958 S. 801

kann der Kläger seinen Anspruch auf Vornahme einer Interessenabwägung verirken, wenn er mit der einstweiligen Verfügung eine Kommerzialisierung seines Schadens bezweckt.¹⁾

Auch im deutschen Recht sollten ~~sonit~~ die Interessen von Antragsteller und Antragsgegner vor einer einstweiligen Verfügungsentscheidung gegeneinander abgewogen werden, wenn das Vorbringen des Antragstellers zwar tatsächlich und rechtlich möglich erscheint, jedoch nicht unzweifelhaft feststeht.

Diese Lösung ist für den Antragsteller und Antragsgegner von Vorteil. Der Antrag des Antragstellers kann nicht schon deshalb zurückgewiesen werden, weil sich das Gericht, aus welchen Gründen auch immer, zu keiner Entscheidung durchringen kann. Je gewichtiger die für den Antragsteller auf dem Spiel stehenden Interessen sind, desto mehr wird er von der Last einer Glaubhaftmachung befreit, die der Beweisführung im Erkenntnisverfahren kaum nachsteht. Durch eine Interessenabwägung werden auch die Belange des Antragsgegners besser gewahrt, wenn man davon ausgeht, daß die Gerichte sich de facto sowohl bei der Tatsachen- als auch der Rechtsfragenwürdigung nur mit einer Glaubhaftmachung begnügen. Vor allem aber werden seine Interessen auf diesem Wege für den Fall seiner unterbliebenen Anhörung wenigstens in etwa gewahrt. Die Interessenabwägung sollte nach den Vorstellungen der New Yorker Rechtsprechung vorgenommen werden. Dazu müssen die beiden im Verfahren der einstweiligen Verfügung denkbaren Entscheidungen (Stattgeben bzw. Ablehnung der einstweiligen Verfügung) jeweils als Fehlentscheidung unterstellt werden und dann danach entschieden werden, wem es auf Grund der Interessenabwägung eher zugemutet werden kann, das Risiko einer Fehlentscheidung hinzunehmen.

Da die in die Interessenabwägung einzustellenden Interessen auch vom materiellen Recht bestimmt werden²⁾ und das materielle

1) siehe dazu die Fallbeispiele oben auf Seite 33

2) Leubsdorf, 91 Harv. L.Rev. 547 ff

Recht nicht stets allein auf den Schutz des Anspruchsinhabers ausgerichtet ist, wird der Einzelne auch als Funktionär der Gesamtrechtsordnung tätig.¹⁾ Schützt das materielle Recht nicht nur individuelle, sondern auch allgemeine Interessen bzw. Institutionen, wie z.B. die Arbeitskampfordnung oder den Wettbewerb als sozialen Prozess, so muss dies bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden.

Entgegen der Ansicht von Baur²⁾, Schilken³⁾ und Hobbeling⁴⁾ sollen nicht nur die einstweiligen Verfügungen nach § 94o ZPO, sondern auch die nach § 935 ZPO von einer vorherigen Interessenabwägung abhängig gemacht werden. Es ist zwar zuzugeben, daß der Wortlaut des § 94o ZPO eher als der des § 935 ZPO einen Rückschluss auf das Erfordernis einer Güterabwägung zulässt, denn § 935 ZPO richtet sich am Bestand eines zu sichernden subjektiven Rechts aus und ist daher mehr von einer materiellen Rechtsprüfung geprägt. Daraus kann aber nur geschlossen werden, daß auf eine materiell-rechtliche Überprüfung keinesfalls verzichtet werden darf. Aus dem Wortlaut § 935 ZPO ist aber umgekehrt nicht zu folgern, daß der Erlaß einer Sicherungsverfügung nicht zusätzlich von der Vornahme einer Interessenabwägung abhängig gemacht werden kann. Dafür spricht auch § 921 Abs. 2 i.V.m. § 936 ZPO, der sowohl für § 935 ZPO als auch § 94o ZPO vorsieht, daß die Anforderungen an die Glaubhaftmachung gelockert werden können, wenn der Antragsteller dem Antragsgegner für die ihm aus dem Verfügungserlaß drohende Nachteile Sicherheit leistet. Vorallem aber sind die sachlichen Gründe, die das Erfordernis einer zusätzlichen Interessenabwägung begründen, sowohl bei § 935 ZPO als auch § 94o ZPO gleichermaßen gegeben.

1) Jauernig NJW 75, 1419; Jauernig JUS 71, 329, 331

2) Baur "Studien ..." S. 28 ff

3) Schilken S. 127

4) Hobbeling S. 88 a

3. Kapitel:

Die Vorwegnahme der Hauptsache

I. Identische Problemlage in beiden Rechtssystemen

Die Kritik der prozessrechtlichen deutschen Literatur richtet sich im Bereich der einstweiligen Verfügung vor allem dagegen, daß das einstweilige Verfügungsverfahren die Durchführung des ordentlichen Erkenntnisverfahrens in zunehmendem Maße verdrängt. Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens wird in der Literatur auf zwei verschiedene Ursachen zurückgeführt:

Leipold¹⁾ sieht die Ursache sowohl für das Ansteigen der Eilverfahren im allgemeinen, als auch für die Verdrängung des ordentlichen zivilprozessualen Rechtsschutzes darin, daß die Gerichte schon in vorläufigen Verfahren eine volle materiell-rechtliche Überprüfung des Hauptsacheanspruchs vornehmen. Er schlägt vor, auf jegliche Vorausprüfung zu verzichten und sich stattdessen auf eine reine Interessenabwägung zu beschränken. Mit diesem Vorschlag hat sich die vorliegende Arbeit bereits im Rahmen des Problemkreises der Interessenabwägung auf Seite 16⁷ auseinandergesetzt. Die Ansicht, zu einer Verdrängung des Hauptsacheverfahrens komme es auf Grund der materiell-rechtlichen Überprüfung des Anspruchs, mit der Folge, daß sich das Gericht bereits in diesem Verfahrensstadium festlege und die Parteien daher resignierend auf ein Hauptsacheverfahren verzichten, wurde als spekulativ zurückgewiesen. Darüberhinaus sprechen gegen den Verzicht auf Überprüfung der materiellen Rechtslage sowohl praktische, vor allem aber rechtsstaatliche Bedenken, die zur Ablehnung des Leipold'schen Lösungsvorschlages führen, soweit er sich auf einen völligen Verzicht einer Hauptsacheprognose festlegt.

1) Leipold S. 12

Baur¹⁾ und Grunsky²⁾ neigen dazu, die steigende Tendenz der Verdrängung des Erkenntnisverfahrens durch das einstweilige Verfügungsverfahren auf die zunehmende Anzahl von Befriedigungsverfügungen zurückzuführen, die irreparable Verhältnisse schaffen. In der Rechtsprechung und Literatur wird versucht, die Anzahl der Befriedigungsverfügungen dadurch einzudämmen, daß man ihren Erlaß auf unumgängliche Notfälle beschränkt, die in bestimmten Fallgruppen³⁾ zusammengefasst werden und es wird verlangt, an die Glaubhaftmachung der Verfügungsvoraussetzungen ganz besonders strenge Anforderungen zu stellen.⁴⁾ Im Recht von New York stellt sich die Problemlage identisch. Die prozessuale Handhabung ist der des deutschen Rechts in etwa vergleichbar. Auch in New York sollen die einstweiligen Rechtsschutzmaßnahmen nicht zu einer endgültigen Befriedigung des Klägers führen⁵⁾, was schon darin zum Ausdruck kommt, daß es das Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes ist, den Status quo zu erhalten, um den Streit in der Hauptsache entscheidungsfähig zu erhalten.⁶⁾ Jedoch wird dieser Grundsatz auch im Recht von New York durchbrochen, wenn ein besonders dringender Fall vorliegt und der Anspruch des Klägers zweifelsfrei feststeht.⁷⁾ Da im Recht von New York auch über eine beantragte Befriedigungsverfügung nur nach vorheriger Interessenabwägung entschieden wird, ist ihr Erlaß auch dann möglich, wenn der Anspruch des Klägers nicht zweifelsfrei feststeht, seine Interessen diejenigen des Antragsgegners aber in erheblichem Umfang überwiegen.⁸⁾

1) Baur BB 64, 607

2) in Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdnr. 31

3) Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdnr. 32

4) Baumbach-Lauterbach Grdz Vor § 916 Anm. 2 Cb; Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdnr. 37

5) Frank D. Wayne Associates, Inc. v. Paul A. Lussier, 454 (N.E. 2d 109 Mass.App. 1983); Morgan v. New York Racing Ass'n (1979) 421 NYS2d 249

6) Nassau Roofing & Sheet Metal Co., Inc. v. Facilities Development Corp., (1979) 418 NYS2d 216

7) People v. Hatchamowitch (1972) 334 NYS2d 565; Weinstein-Korn-Miller §§ 6301.17

8) Blaich v. National Football League 212 F.Supp 319 (S.D. NY 1962)

Auffallend ist, daß der Erlaß von Befriedigungsverfügungen im Recht von New York nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, sondern sich nach den üblichen Kriterien und den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt, was dann insbesondere im Rahmen der Interessenabwägung zum Ausdruck kommt.

Die Tatsache, daß in New York Befriedigungsverfügungen in erheblich geringerem Umfang als in Deutschland erlassen werden, kann daher nicht auf das Prozeßrecht zurückgeführt werden, sondern ist allein im materiellen Recht begründet.

II. Lösungsvorschläge für das deutsche Recht

Es bietet sich an, die Handhabung des New Yorker Rechts in die deutsche Diskussion einzubringen, wenngleich auch nicht davon ausgegangen werden kann, daß man dadurch dem Ziel der Literatur, die Anzahl der Befriedigungsverfügungen auf prozessrechtlichem Wege einzudämmen, näher kommt. Es wird sich in diesem Zusammenhang daher die Frage aufwerfen, inwieweit die Zielsetzung der Literatur überhaupt mit Rechtsstaatsgrundsätzen und vorallem auch den Besonderheiten des materiellen Rechts vereinbar ist.

1. Erhöhte Anforderungen beim Verfügungsanspruch

Folgt man der im deutschen Recht überwiegend vertretenen Auffassung¹⁾, dann müssen an die Glaubhaftmachung des Befriedigungsanspruches und -grundes erhöhte Anforderungen gestellt werden. Es werden also sowohl im Bereich des Verfügungsanspruches, als auch -grundes zusätzliche Voraussetzungen aufgestellt, die die Anzahl der Befriedigungsverfügungen auf ein unumgängliches Maß beschränken sollen.

1) Baur BB 64, 608; Gaul FamRZ 58, 159 (160); LG Karlsruhe FamRZ 69, 41; OLG Köln FamRZ 83, 412; Baur/Stürner S. 362; Jauernig ZRP 79, 321 (338) Fußnote 49; Schilken S. 38

Um die in Betracht kommenden Fälle der Befriedigungsverfügungen einzugrenzen und zu begrenzen wurden in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Anspruchsgruppen zusammengestellt, bei denen typischerweise Gründe für den Erlaß von Befriedigungsverfügungen vorliegen.

Es ist jedoch nicht sinnvoll, die Gefahren von Befriedigungsverfügungen dadurch begrenzen zu wollen, daß man Änderungen im Bereich des Verfügungsanspruches einführt.

Stellt man an die Glaubhaftmachung der Verfügungsansprüche erhöhte Anforderungen, so hat das zwar zweifellos die von der Literatur begehrte Folge reduzierten Erlasses einstweiliger Verfügungen, da der Antragsteller diesen Anforderungen, wegen der einem Eilverfahren innewohnenden Zeitknappheit, nur schwer gerecht werden kann. Der Erlaß der Eilmaßnahmen müsste immer dann abgelehnt werden, wenn sie zur Schadensabwehr zwar notwendig sind, in der Kürze der Zeit die materielle Berechtigung aber nicht hinreichend erwiesen werden kann.¹⁾ Werden die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs im Eilverfahren zu hoch geschraubt, so kann dies in Einzelfällen zur Rechtsverweigerung führen und mit der Verpflichtung des Staates zur umfassenden Justizgewährung nicht mehr zu vereinbaren sein.²⁾ Mit der besonders strengen Anforderung an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs steht die Praxis der Gerichte, zunehmend auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung zu verzichten, nicht im Einklang, da Entscheidungen auf Grund einseitigen Parteivortrages nur mit verminderter Richtigkeitsgarantie ausgestattet sind und daher die Rechte des Antragsgegners seitens des Gerichts nicht in dem Maße geschützt werden, wie dies umgekehrt vom Antragsteller verlangt wird.

1) Leipold S. 88

2) Hobbeling S. 207 ; Schilken S. 61, 101 f

Auch ist bisher nicht definiert worden, was unter "besonders strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung" zu verstehen ist, so daß auch nicht von einer einheitlichen Handhabung dieses Kriteriums ausgegangen werden kann.¹⁾

Gegen eine Verschärfung der Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruches spricht auch der Umstand, daß nicht nur Befriedigungs-, sondern auch Sicherungsverfügungen definitive und nicht mehr rückgängig zu machende Resultate bewirken können. Eine solche Fallgestaltung ist etwa dann anzunehmen, wenn der Schuldner eines Übereignungsanspruches von anderer Seite ein besonders günstiges einmaliges, nicht wiederkehrendes Kaufangebot erhält, aber auf Grund des Verfügungsverbotes ausschlagen muss.²⁾ In solchen Fallgestaltungen legt die Rechtsprechung und Literatur an die Glaubhaftmachung des Sicherungsanspruches keinen besonders strengen Maßstab an.

Es ist abzulehnen, die Gefahren der Befriedigungsverfügung dadurch begrenzen zu wollen, daß man die Art³⁾ der Ansprüche beschränkt bzw. an ihre Glaubhaftmachung erhöhte Anforderungen stellt. Die zweifellos erforderlichen Einschränkungen betreffen nicht den Verfügungsanspruch, sondern den Verfügungsgrund.⁴⁾

2. Der "Notfall" als Verfügungsgrund

Die Notwendigkeit der Befriedigungsverfügung ist nicht zu leugnen. Dies gilt vorallem für die Bereiche des Unterhaltes-, Schadensersatz-, Haftpflicht-, Arbeits-, Presse-, Wettbewerbs-, Patent- und Gebrauchsmusterrechts.

1) Schilken S. 38, 132

2) Hobbeling S. 33

3) Stein-Jonas Vor § 935 IV 1 Rdnr. 32: In der Rechtsprechung ist man sich einig, daß die oben auf Seiten 116 ff genannten Fallgruppen keinen auf Dauer abgeschlossenen Katalog bilden.

4) Grunsky JuRA 70, 729

Die Folgen einer Befriedigungsverfügung sind oftmals irreparabel und auch nicht durch § 945 ZPO ausgleichbar, was besonders deutlich im Bereich des Unterhaltsrechts und bei Unterlassungsverfügungen dargestellt werden kann. War der Erlaß einer Unterhaltsverfügung rechtswidrig, so wird der Antragsteller zwar zur Zurückzahlung des Betrages verpflichtet, wozu er jedoch gerade wegen seiner desolaten Vermögensverhältnisse nicht in der Lage sein wird.¹⁾ Bei Unterlassungsverfügungen gestaltet sich die Rechtslage für den Antragsgegner genauso hoffnungslos, da sich der durch eine Unterlassung hervorgerufene Schaden nur schwer beziffern läßt.

Zu diesen enormen, vom Antragsgegner hinzunehmenden Nachteilen kommt erschwerend hinzu, daß der Eingriff in die Rechte des Antragsgegners nur auf Grund summarischen Verfahrens erfolgt, bei dem Beweismittel nur beschränkt zugelassen sind und überdies auf eine vorherige Anhörung des Antragsgegners verzichtet werden kann.

Das bewog die Rechtsprechung dazu, die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes dadurch zu erhöhen, daß der Antragsteller das Vorliegen eines "unumgänglichen Notfalles" glaubhaft machen muss. Über die Auslegung des strengen Kriteriums der "Notlage" besteht allerdings in Rechtsprechung und Lehre keine Übereinstimmung.²⁾ Nach einer großzügigen Auffassung wird eine "Notlage" bereits dann bejaht, wenn ein ernstliches Bedürfnis vorliegt, wobei dies schon bei zu erwartenden späteren Störungen im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung gegeben sein soll.³⁾ Nach einer engeren Meinung ist eine

1) Grunsky JURA 70, 727

2) Finßen S. 128 ff

3) Göppinger Rdz. 3179

"Notlage" dann gegeben, wenn dem Antragsteller ohne vorherige Regelung ein immaterieller, insbesondere ein gesundheitlicher Schaden droht, den er nicht aus eigenen Mitteln abwenden kann.¹⁾ Eine dritte Meinung geht ebenfalls von der obengenannten Gefahr aus, verlangt aber einschränkend, daß der Antragsteller andernfalls der Fürsorge anheim fällt.²⁾ Bereits die Uneinigkeit über die Ausformung der strengeren Anforderungen, die an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes zu stellen sind, spricht dagegen, den Erlaß befriedigender einstweiliger Verfügungen auf diesen Weg zu beschränken. Diese Lösung liefe auch der Erkenntnis zuwider, daß auch die realen Auswirkungen einer Sicherungsverfügung bzw. eines Arrestes zu einer Existenzvernichtung des Antragsgegners führen können,³⁾ ohne daß bei diesen die Anforderungen eines "unumgänglichen Notfalles" gestellt würden.

3. Die Interessenabwägung

Das bedeutet jedoch nicht, daß der von Grunsky⁴⁾ im Bereich der zeitgebundenen Unterlassungsverfügung vertretenen Ansicht, auf einen Verfügungsgrund überhaupt zu verzichten und stattdessen die Hauptsacheprognose allein ausschlaggebend sein zu lassen, gefolgt werden soll.⁵⁾ Vielmehr sollen die Fälle der Befriedigungsverfügung, dem New Yorker Beispiel folgend, nach den allgemeinen Kriterien gelöst werden, die auch für die Leistungs- und die Regelungsverfügung gelten, und die erforderlichen Einschränkungen sollten ausschliesslich im Rahmen einer Interessenabwägung vorgenommen werden. Das kommt auch in dem Referentenentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung⁶⁾ zum Ausdruck.

1) Finken S.151; Grunsky JURA 70, 729; Rosenberg S.1105; Baur/Stürner Rdnr. 922; Stein-Jonas Vor § 935 IV 2b Rdnr. 39

2) Baur BB 64, 609; A. Blomeyer S. 664; Schuler S. 1802

3) Wenzel MDR 67, 893

4) in Stein-Jonas Vor § 935 VII 3 Rdnr. 72 und Vor § 935 IV 4 Rdnr. 49

5) Jauernig NJW 75, 1419; Hadding ZHR 130, 23

6) in der vorliegenden Arbeit abgedruckt

In einem zusätzlich angefügten Absatz 3 zu § 935 ZPO ist vorgesehen, daß eine Befriedigungsverfügung nur ergehen darf, wenn dem Antragsteller andernfalls ein unverhältnismäßiger, schwerer Nachteil entsteht. Damit ist ein Nachteil gemeint, der den bei Erlaß der einstweiligen Verfügung dem Antragsgegner drohenden Schaden an Schwere noch übertrifft.¹⁾ Der Entwurf beschränkt sich daher nicht mehr auf die aus § 94o ZPO bisher abgeleitete Praxis, eine einstweilige Verfügung nur zu erlassen, wenn dem Antragsteller sonst ein objektiver schwerer Nachteil entstünde, sondern zwingt zur Abwägung mit den dem Antragsgegner drohenden Nachteilen. Da die Befriedigungsverfügung überwiegend als ein Unterfall des § 94o ZPO qualifiziert wird, ergibt sich das Erfordernis der Güterabwägung in diesem Bereich bereits aus dem derzeit geltenden Gesetz.²⁾ Es mehren sich auch die Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die unabhängig von einer Zuordnung der Befriedigungsverfügung zu § 94o ZPO eine Interessenabwägung der Parteien verlangen.³⁾ Da die im Bereich der Befriedigungsverfügung bestehende besondere Eilbedürftigkeit und die Notwendigkeit rascher Entscheidungen keine hinreichend sichernde Hauptsacheprognose zulassen,⁴⁾ ist eine Berücksichtigung der gegnerischen Interessen von grosser Wichtigkeit.⁵⁾ Dies vorallem unter Beachtung des Umstandes, daß dem Antragsgegner durch den Erlaß von Befriedigungsverfügungen, wie

1) siehe Begründung zu Nr. 76 des Entwurfs eines 2. Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung, wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt; Kritik am Wortlaut des Referentenentwurfs : Borck WRP 72, 238 (239)

2) Schilken S. 139

3) Jauernig NJW 75, 1419; Grunsky JUS 76, 282 u. ZJP 85, 363; Hadding ZHR 130, 1 (23 f); Arens S. 86; Zöller - Stephan § 94o Rdnr. 4; Finken S. 151; Wenzel MDR 67, 889 (894); Schilken S. 155, 159; OLG Düsseldorf MDR 60, 58 (59); OLG München NJW 65, 2161

4) Leipold S. 118

5) Hobbeling S. 282

oben bereits ausgeführt, irreparable Schäden drohen.¹⁾

Es soll also den Gefahren für die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit, die bedingt durch die Verzögerung eines ordentlichen Verfahrens auftreten, dann mit Befriedigungsverfügungen begegnet werden können, wenn die Nachteile eines Abwartens so wesentlich wären, daß sie vom Antragsteller, auch unter Berücksichtigung der verfahrensmässigen Einschränkungen des Antragsgegners, nicht mehr in Kauf genommen werden müssen.²⁾

Mit dem Erfordernis einer Interessenabwägung lässt sich gerade der These Blomeyer's³⁾ begegnen, eine Befriedigungsverfügung trotz positiver Hauptsacheprognose nicht zu erlassen, wenn davon auszugehen sei, daß der Antragsgegner für den Fall einer fehlerhaften einstweiligen Verfügung keinen Ersatz zu verlangen vermag. Die Ansicht Blomeyer's führt zu einer einseitigen Bevorzugung des Antragsgegners unter Außerachtlassung des Umstandes, daß gerade im Fall der Befriedigungsverfügung auch dem Antragsteller u.U. irreparable Schäden drohen. Dieser Interessenwiderstreit der Parteien soll gerade im Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung gelöst werden.

Im Bereich zeitgebundener Unterlassungsverfügungen werden Stimmen laut, die auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes vollkommen verzichten und allein aufgrund der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruches entscheiden wollen.⁴⁾

Begründet wird dies damit, daß der den Parteien drohende Nachteil, also der Verfügungsgrund, in dem endgültigen Rechtsverlust zu sehen sei. Die einander gegenüberstehenden Parteiinteressen seien daher gleichwertig, so daß mit Rücksicht auf das Rechtsstaatsprinzip zugunsten derjenigen Partei zu entscheiden sei, die nach der Hauptsacheprognose wahrscheinlich in der Hauptsache

1) Hobbeling S. 283; Baur/Stürner S. 362 Rdnr. 921

2) Schilken S. 107

3) Blomeyer ZZP 65, 65 (66)

4) Stein-Jonas Vor § 935 Anm. VII 3 Rdnr. 72 und Vor § 935 IV 4 Rdnr. 49; Dütz BB 80, 533 (538); LAG München NJW 80, 957

obsiegen werde. Es ist jedoch Jauernig¹⁾ zuzustimmen, daß der "wesentliche Nachteil" nicht schon im bloßen Anspruchsverlust, sondern nur in den Beeinträchtigungen gesehen werden kann, die dem Anspruchsverlust folgen.²⁾

Eine Interessenabwägung wird somit nicht wegen Gleichwertigkeit der in Betracht kommenden Interessen überflüssig, so daß es auf sie auch im Bereich zeitgebundener Unterlassungsverfügungen als Korrektiv zur Hauptsacheprognose ankommt.

4. Kapitel:

Das Verhältnis des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zum Hauptsacheverfahren

Sowohl nach dem Recht von New York als auch nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland ist es Zweck des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens, eine Zwischenregelung zu schaffen bis der Streit im Hauptsacheverfahren entschieden werden kann.³⁾ Im deutschen Zivilprozeß ist das einstweilige Verfügungsverfahren als besondere Rechtsschutzform ausgestaltet und mit dem ordentlichen Verfahren der Zivilklage nicht gekoppelt. Es steht im Belieben des Antragsgegners, die Erhebung der Hauptsacheklage gem. §§ 926 Abs. 1, 936 ZPO zu erzwingen. Im Recht von New York dagegen ist der einstweilige Rechtsschutz ein unselbständiger Teil des Erkenntnisverfahrens, das den Voraussetzungen des Hauptsacheprozesses unterliegt. Im Regelfall der preliminary injunction kann einstweiliger Rechtsschutz erst nach Rechtshängigkeit der Hauptsacheklage erfolgen. Fraglich ist, ob die Einheitlichkeit des Verfahrens zur Folge hat, daß einstweilige Verfügungsanträge mit grösserer

1) Jauernig NJW 75, 1419

2) Hadding ZHR 130, 23; Leipold S. 123, 127; Grunsky JURA 70, 729

3) Schilken S. 59

Zurückhaltung gestellt werden. Man könnte daran denken, daß sowohl all diejenigen von einem einstweiligen Verfügungsantrag Abstand nehmen, die nur eine rasche Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren und keine Klärung im Hauptsacheverfahren herbeiführen wollen, als auch jene, die sich der Erfolgsaussichten ihrer Klage unsicher sind und denen das Kostenrisiko folglich zu hoch erscheint. Diese Überlegung wäre nur dann zwingend, wenn nach New Yorker Recht die Hauptsacheklage nicht nur zwingend erhoben, sondern auch zwingend durchgeführt werden müsste. Stattdessen ist auch in New York zunehmend die Entwicklung zu verzeichnen, daß sich der Kläger mit der Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens begnügt und auf die Durchführung einer Hauptsacheklage verzichtet. Es steht dem Kläger ja auch nach New Yorker Recht die Möglichkeit offen, die Hauptsacheklage zurückzunehmen.

Es verbleibt somit zwischen beiden Rechtsordnungen kein Unterschied, vielmehr ist in beiden Systemen der Antragsgegner, dessen Schutz die zusätzliche Durchführung des Hauptsacheverfahrens bezweckt, in der Lage die Durchführung des ordentlichen Verfahrens zu erzwingen.

5. Kapitel:

Die Rechtskraftproblematik

I. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft

Beide Rechtssysteme weisen im Bereich der objektiven Rechtskraft vom Ansatz her die gleichen Probleme auf, die jedoch keiner identischen Lösung zugeführt werden.

In beiden Rechtsordnungen werden die Grundsätze der materiellen Rechtskraft auch auf das einstweilige Rechtsschutzverfahren angewandt, obwohl dogmatisch die Voraussetzungen dafür

nicht gegeben sind. Nach unserem Rechtsverständnis können einstweilige Verfügungsentscheidungen, die in Form eines Beschlusses ergangen sind, nicht in formelle und somit auch nicht in materielle Rechtskraft erwachsen.¹⁾ Auch nach dem Recht von New York sind einstweilige Rechtsschutzentscheidungen nicht der materiellen Rechtskraft fähig, da nur endgültige Entscheidungen in Rechtskraft erwachsen können.²⁾ Gleichwohl kommen beide Rechtssysteme aus praktischen Erwägungen heraus dazu, die Grundsätze der Rechtskraft auch auf das einstweilige Rechtsschutzverfahren anzuwenden³⁾, da auch im Bereich einstweiligen Rechtsschutzes keine endlosen Streitigkeiten über den gleichen Gegenstand geführt werden sollen. In unserem Rechtssystem wird die Präklusionswirkung einer einstweiligen Verfügungsentscheidung im Vergleich zu der des ordentlichen Verfahrens wegen der Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens erheblich eingeschränkt. Der Antragsteller kann nach rechtskräftiger Abweisung seines Antrages auch dann zulässigerweise einen erneuten Antrag stellen, wenn er Tatsachen vorträgt, die zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses zwar schon vorlagen, ihm aber nicht bekannt waren⁴⁾ und zu einer veränderten Beurteilung der Sach- und Rechtslage führen. Selbst neue Mittel der Glaubhaftmachung, die dem Antragsteller erst nachträglich bekannt wurden, sind geeignet, die Rechtskraft der zuvor ergangenen einstweiligen Verfügungsentscheidung zu durchbrechen.⁵⁾ Vereinzelt wird sogar die Ansicht vertreten, daß der Antragsteller auch nach einem stattgebenden einstweiligen Verfügungsantrag ein

1) Stein-Jonas § 924 II 4 Rdnr. 10,11

2) O'Brien v. O'Brien, 362 PA 66

3) Zöller-Stephan Vor § 916 Anm. 13; Tobin v. Hennessy (1928) 227 NYS 363; American Optical v. Rayex Corp., 394F2d , 155 (2dCirc 1968)

4) Stein-Jonas Vor § 935 II 4 Rdnr. 15

5) Baur/Stürner § 48 VII 2 b Rdnr. 867; Stein-Jonas Vor § 935 II 4 Rdnr. 15

wiederholtes Gesuch einreichen kann und nicht darauf beschränkt ist, einen Bestrafungsantrag zu stellen.¹⁾

Das Recht von New York dagegen wendet auf das einstweilige Rechtsschutzverfahren zwar auch den Grundsatz der Rechtskraft an, schränkt jedoch die Präklusionswirkung nicht ein. Die Gerichte lassen einen erneuten einstweiligen Verfügungsantrag nach bereits erfolgter rechtskräftiger Abweisung nur dann zu, wenn der Kläger neue Tatsachen vortragen kann.²⁾ Sofern dem Antrag des Klägers stattgegeben worden war, verbleibt ihm ausschliesslich die Möglichkeit eines Bestrafungsantrages.³⁾

Die Übernahme dieser strengeren Handhabung der Präklusionswirkung des New Yorker Rechts hätte zweifellos die erfreuliche Folge, daß die Anzahl einstweiliger Verfügungen reduziert würde. Sie ist gleichwohl abzulehnen, da sie der verfahrensmässigen Ausgestaltung unseres einstweiligen Verfügungsverfahrens, die von der des New Yorker Rechts abweicht, nicht gerecht würde. Das New Yorker einstweilige Verfügungsverfahren ist ein unselbständiger Teil des dortigen Erkenntnisverfahrens⁴⁾ und unterliegt den allgemeinen Voraussetzungen des Hauptsacheprozesses. Demgemäss ist das New Yorker Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dem des dortigen Hauptsacheverfahrens in seiner Ausgestaltung sehr viel ähnlicher, als das im Recht der Bundesrepublik Deutschland der Fall ist. In New York wird über eine einstweilige Verfügung, von dem ohnehin seltenen Fall der temporary restraining order abgesehen, nur nach vorheriger mündlicher Verhandlung entschieden. Dementsprechend können sich sowohl der Antragsteller,

1) Höhne S. 151; OLG Stuttgart NJW 69, 1721

2) Triple C & E. Inc. v. van Buren (1972) 339 NYS2d 821

3) Tobin v. Hennessy (1928) 227 NYS 363

4) siehe oben 4. Kapitel III. Die Besonderheiten des ancillary proceeding, S. 74

als auch der Antragsgegner, bedingt durch die zeitliche Verzögerung, die die mit der mündlichen Verhandlung verbundenen Ladungs- und Einlassungsfristen mit sich bringen, sehr viel sorgfältiger auf ihren Rechts- und Tatsachenvortrag als auch die Beschaffung der Mittel der Glaubhaftmachung vorbereiten.

In unserer Rechtsordnung ist im Bereich der einstweiligen Verfügung die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zwar auch als Regelfall gesetzlich vorgeschrieben, in der Praxis wird jedoch in der Regel ohne vorherige Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden.¹⁾ Der Verfahrensablauf bei einer einstweiligen Verfügung unterscheidet sich von dem des ordentlichen Erkenntnisverfahrens daher erheblich, so daß eine unveränderte Anwendung der allgemeinen Rechtskraftgrundsätze diesen Besonderheiten nicht gerecht würde und eine Gefahr für die Rechtsschutzgewährung darstellte. Die im Recht der Bundesrepublik Deutschland im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes angewandte eingeschränkte Präklusionswirkung hat nicht zur Folge, daß es de facto doch noch zu einem Ausschluss der materiellen Rechtskraft käme, da nur die nachträgliche Kenntniserlangung von Tatsachen oder Mitteln der Glaubhaftmachung geeignet ist, ein erneutes Verfahren in Gang zu setzen.

II. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft und das Problem der Vollstreckbarkeit einstweiliger Verfügungen gegen Dritte

Das Recht von New York bietet die Möglichkeit, einstweilige Verfügungen gegen namentlich nicht bezeichnete Personen zu erlassen. Eine Eingrenzung des in Frage kommenden Personenkreises wird vielmehr durch eine Zuordnung zu namentlich bezeichneten Personen oder zu dem zu schützenden Rechtsgut vor-

1) Klaka GRUR 79, 593; Engelschall GRUR 72, 103;
Stein-Jonas § 937 II 1 Rdnr. 4

genommen. So wurde in dem Fall State v. Terry¹⁾ beispielsweise eine einstweilige Verfügung des Inhaltes erlassen, daß den Eigentümern eines bestimmten Hauses und allen anderen Personen die Nutzung des Hauses zur Prostitution untersagt wurde. Das Recht von New York kennt nicht nur die Möglichkeit, einstweilige Verfügungen gegen Unbekannt zu erlassen, sondern kann für den Fall der Konkretisierung des Unbekannten gegen diesen daraus auch vollstrecken. In dem oben genannten Fall war Terry nicht Partei der Klage, ihr war auch keine Unterlassungsverfügung zugestellt worden. Sie war aber Mieterin des Hauses und daher wird ihre tatsächliche Kenntniserlangung vermutet, und gegen sie kann folglich für den Fall der Zuwiderhandlung vollstreckt werden. Darüberhinaus kann nach New Yorker Recht nicht nur gegen diejenigen, die in einer einstweiligen Verfügung namentlich benannt sind, sondern auch gegen Dritte, die mit der Partei kollusiv zusammenwirken, aus der einstweiligen Verfügung vollstreckt werden.²⁾ Mit dieser Regelung soll eine Umgehung des Verfügungsge- oder verbotes verhindert werden. Die deutsche Rechtsprechung läßt eine einstweilige Verfügung gegen Unbekannt nur für den Ausnahmefall zu, daß es sich bei dem Unbekannten um einen exakt eingrenzbaren Personenkreis handelt.³⁾

Eine Übernahme der New Yorker Rechtsprechung hätte zur Folge, daß sich die Anzahl der einstweiligen Verfügungsverfahren vermindert, da aus ein und derselben einstweiligen Verfügung so gleich gegen mehrere Personen vorgegangen werden kann. Außerdem wäre dann den Antragstellern zumindest die Möglichkeit

1) State v. Terry, 99 Wash. 1, 168 P 513 (1917); Dobbs S. 20

2) Chisolm v. Caines, 121 Fed. 397 (C.C.S.C. 1903);
State University of New York v. Denton (1970) 35 A.D.2d
176, 316 NYS2d 297

3) LG Düsseldorf NJW 81, 663; LG Hannover NJW 81, 1455;
LG Krefeld NJW 82, 298

zivilrechtlichen Vorgehens eröffnet, wenn schon ein öffentlich - rechtliches Einschreiten abgelehnt worden ist und seinerseits erst im Klagewege durchgesetzt werden müsste.

Diese Form der Rechtsschutzgewährung geht jedoch ausschliesslich auf Kosten der Rechtssicherheit. Eine erst im Vollstreckungsverfahren erfolgte Klärung der Identität und Beteiligung an dem Verfügungsverstoss ist mit unserem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang zu bringen. Korrekturen an der für den Antragsteller ggfs. schwierigen Nachweissituation sind vielmehr im öffentlichen Recht im Bereich der Amtshilfe vorzunehmen.

Auch die Vollstreckung gegen Dritte, im Verfügungstitel nicht aufgeführte Personen, ist nach deutschem Recht ausgeschlossen.¹⁾ Die Befürchtung der New Yorker Rechtsprechung, daß sich andernfalls eine Umgehung der Verfügungsanordnung nicht vermeiden ließe, ist auf unser Recht nicht übertragbar. Für den Fall, daß der in dem Verfügungstitel genannte Antragsgegner einen Dritten einschaltet, um gleichwohl straflos gegen die Anordnung verstossen zu können, kann sofort gegen den Dritten eine einstweilige Verfügung ohne vorherige mündliche Verhandlung erlassen werden. Da das New Yorker Recht einschränkend kollusives Zusammenwirken von Antragsgegnern und Dritten fordert, kann sich der Antragsgegner unter dieser Voraussetzungen auch nach deutschem Recht einer Bestrafung nicht entziehen, da ihm das Verhalten des Dritten als eigenes Verhalten zugerechnet werden kann.

1) Baumbach-Lauterbach § 75o Anm. 1 B

6. Kapitel:

Das Erfordernis der mündlichen Verhandlung

Sowohl die New Yorker als auch die deutschen Gesetze bestimmen die vorherige Bekanntmachung der einstweiligen Verfügung und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zum Regelfall. Beide Rechtsordnungen sehen vor, daß nur in besonders dringenden Fällen von einer Anhörung abgesehen werden kann. Ein besonders dringender Fall liegt nach dem Verständnis beider Rechtsordnungen dann vor, wenn die mündliche Verhandlung den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden würde, weil der Antragsteller nur durch einen möglichst rasch erwirkten Titel zur Sicherung seines Anspruchs kommen kann.¹⁾

Die Praxis der New Yorker Gerichte stimmt mit der Gesetzeslage überein.

In der deutschen Gerichtspraxis dagegen hat sich das Regelausnahmeverhältnis des § 937 Abs. 2 BGB soweit in sein Gegenteil verkehrt, daß die einstweiligen Verfügungen zumeist ohne ausreichende Glaubhaftmachung der besonderen Dringlichkeit, d.h. einer solchen, die nicht einmal den Aufschub weniger Tage bis zur mündlichen Verhandlung erlaubt, im Beschlußverfahren erlassen werden.²⁾ Eine Rückbesinnung auf den Gesetzeswortlaut des § 937 Abs. 2 ZPO bzw. eine Orientierung an der New Yorker Gerichtspraxis ist empfehlenswert. § 937 Abs. 2 ZPO trägt dem Widerspruch zwischen dem Anspruch des Gläubigers auf Rechtsschutz und dem Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör Rechnung.³⁾ Nach der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁾

1) Thomas/Putzo § 937 Anm. 2; Weinstein-Korn-Miller § 6313.o2; Streamwood Home Builder, Inc. v. Brolin 165 NE2d 531

2) Teplitzky NJW 80, 1668

3) Schwartz S. 85

4) BVerfGE 9, 89, 98

darf im Hinblick auf Artikel 103 GG ohne rechtliches Gehör nur entschieden werden, wenn der sofortige Zugriff unabweisbar erscheint. Wenn der Gläubiger also sein Recht verliert oder nicht durchsetzen kann, wenn ihm nicht die Möglichkeit des sofortigen Zugriffs und der Überraschung des Schuldners geboten wird, dann hat der Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör hinter dem Rechtsschutzinteresse des Gläubigers zurückzutreten.¹⁾ Auf diesem Grundsatz basierte auch der Entwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung²⁾, der das Regel-Ausnahmeverhältnis in § 937 Abs. 4 ZPO verdeutlichend klargestellt hat. Die derzeitige Praxis der deutschen Gerichte, die die Gerichte u.a. auch vor der immensen Arbeitsbelastung schützen soll, verstößt gegen Artikel 103 GG, sofern sie den Antragsgegner ohne Glaubhaftmachung einer besonderen Dringlichkeit vor der einstweiligen Verfügungsentscheidung nicht anhört. Die Rechtssprechung würde dem Artikel 103 GG nicht nur mit Durchführung einer mündlichen Verhandlung gerecht, sondern auch dadurch, daß sie dem Gegner überhaupt Gelegenheit zur vorherigen Stellungnahme, ggfs. auch in schriftlicher Form, gibt.³⁾ Dies entspräche auch der Handhabung der New Yorker Gerichte, die im Regelfall eine mündliche Verhandlung durchführen, die sich aber auch bei weniger wichtigen Anträgen mit einer schriftlichen Stellungnahme begnügen können.⁴⁾ Dementsprechend versucht die deutsche Anwaltschaft auch durch vermehrte Einreichung von Schutzschriften die bisherige Praxis zu korrigieren und sich auf diesem Wege doch noch rechtliches Gehör zu verschaffen.

1) Schwartz S. 85 f

2) wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

3) Klaka GRUR 79, 599

4) Schurtmann S. 52; Naxon Telesign Corp. v. Selig, 38 III App. 2 d 242, 186 NE 2d 666

Die teilweise gegen die Forderung nach rechtlichem Gehör vorgebrachte Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Ihr ist zwar insofern zuzustimmen, als das Verlangen einer obligatorischen mündlichen Verhandlung unter Außerachtlassung des im Einzelfall betroffenen materiell-rechtlichen Bereichs zu streng wäre.¹⁾ Es soll jedoch dem Antragsteller gerade die Möglichkeit eingeräumt werden, Gründe für die besondere Dringlichkeit vorzutragen. Sicher wird es beispielsweise gerade im Wettbewerbsrecht sehr häufig Fälle geben, in denen schon die glaubhaft gemachten Umstände der Verletzungshandlung allein deutlich genug auch für die besondere Dringlichkeit im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO sprechen.²⁾ Die an die Darlegung und Glaubhaftmachung der besonderen Dringlichkeit zu stellenden Anforderungen werden vom materiellen Recht beeinflusst, was aber nicht soweit gehen kann, in dem einzelnen materiellen Rechtsgebiet das Erfordernis der besonderen Dringlichkeit von vornherein zu vermuten. Das gegen eine obligatorische mündliche Verhandlung vorgebrachte Argument der zeitlichen Verzögerung, die aus der gegebenen Ressourcenknappheit resultiert, kann nicht überzeugen, da dieses Problem ausschliesslich durch Maßnahmen der Justizverwaltung, nicht aber auf Kosten der im Grundgesetz garantierten Rechte gelöst werden kann.³⁾

Auch das mehrfach geäußerte Bedenken, das Hauptsacheverfahren werde durch ein zu gründlich durchgeführtes einstweiliges Verfügungsverfahren verdrängt, lässt sich nicht durch einen Verzicht auf die Durchführung mündlicher Verhandlung ausräumen. Wiederum bietet sich hier die New Yorker Rechtspraxis als vergleichbarer Maßstab an. In der New Yorker Rechtsprechung

1) Borck WRP 72, 241

2) Teplitzky GRUR 78, 287

3) Teplitzky WRP 80, 375

ist es anerkannt, daß die vor Erlaß der preliminary injunction durchgeführte Anhörung nicht den gleichen Umfang wie die vor Erlaß einer permanent injunction erfolgte Anhörung hat, womit letztendlich auch ein Vorgehen auf die Hauptsache vermieden wird. Der unterschiedliche Umfang der Anhörung ergibt sich schon aus dem unterschiedlichen Streitgegenstand von einstweiligem Rechtsschutz- und Hauptsacheverfahren. Es soll allerdings nicht in Frage gestellt werden, daß die Durchführung der mündlichen Verhandlung die Vergleichsabschlußbereitschaft der Parteien erhöht und es schon dadurch oftmals nicht mehr zur Durchführung von Hauptsacheverhandlungen kommt. Eine solche Streitbeendigung liegt ja aber oftmals gerade im Interesse des Antragstellers. Insgesamt ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung auch für den Antragsteller von Vorteil, da er gerade im Hinblick auf § 945 ZPO sein Antragsbegehren besser, richtiger und gefahrloser nach einer mündlichen Verhandlung beurteilen kann.¹⁾

Das von der Gegenseite vorgebrachte Argument²⁾, der vom rechtlichen Gehör ausgeschlossene Schuldner erhalte jedoch nachträglich Gelegenheit, sich gegen die angeordnete Maßnahme zu wehren, erfasst die Problemlage nicht. Zwar kann er gem. § 924 ZPO Widerspruch einlegen, über den dann nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist, so daß er vor einer endgültigen Entscheidung doch noch Gelegenheit hat zu dem Antrag Stellung zu nehmen. Das nutzt ihm jedoch wenig, wenn bereits mit Verfügungserlaß, z.B. durch eine Leistungsverfügung endgültige Verhältnisse geschaffen wurden. Die Widerspruchsverhandlung kann die bei Verfügungserlaß nicht durchgeführte mündliche Verhandlung dann nicht kompensieren. Darüberhinaus ist die Widerspruchsverhandlung auch grundsätzlich nicht in der Lage, die vor

1) Teplitzky GRUR 78, 286

2) Schwartz S. 86

Verfügungserlaß unterbliebene rechtliche Anhörung auszugleichen. Die Widerspruchseinlegung ist im Gegensatz zur einfachen rechtlichen Anhörung von Zulässigkeitsvoraussetzungen abhängig. Außerdem ist es dem Antragsteller möglich, dem Widerspruch dadurch seine Wirkung zu nehmen, daß er, nachdem er sein Ziel erreicht hat, seinen Antrag zurücknimmt.

Die Lösung des New Yorker Rechts erscheint demgegenüber interessengerechter zu sein und es empfiehlt sich, sie in vollem Umfang zu übernehmen. Danach wäre grundsätzlich immer vor einer Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren dem Antragsgegner die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen, was zwecks Vermeidung grösserer Verzögerungen in Form einer mündlichen Verhandlung erfolgen sollte, um somit auch die Gegenseitigkeit des rechtlichen Gehörs zu gewährleisten. Der Verzicht auf eine Anhörung sollte auf die Ausnahme besonderer Dringlichkeit beschränkt sein und von dem Antragsteller glaubhaft gemacht werden müssen. Die ohne vorherige Anhörung erlassene einstweilige Verfügung sollte befristet werden und nur dann weiteren Bestand haben, wenn dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben war. Das Gericht sollte die Stellungnahme beider Parteien durch Anberaumung einer mündlichen Verhandlung ermöglichen.

7. Kapitel:

Die Wechselwirkung von Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung

Die Anforderungen, die im deutschen Recht an die Beweisführung im einstweiligen Verfügungsverfahren gestellt werden, entsprechen denjenigen des New Yorker Rechts. In beiden Rechtssystemen muss der Vortrag der Parteien nicht bewiesen, sondern nur, vorwiegend in Form eidesstattlicher Versicherungen, glaubhaft gemacht werden.¹⁾

1) §§ 920 Abs. 2, 936, 294 ZPO; § 6312 a CPLR, wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

Das bedeutet eine wesentliche Erleichterung gegenüber den Beweisanforderungen der ordentlichen Erkenntnisverfahren. Als Kompensation für die nur eingeschränkte Zuverlässigkeit eidesstattlicher Versicherungen und der daraus für den Antragsgegner und die Gerichte drohende Gefahr einer Fehlentscheidung verlangt das New Yorker Recht in § 6312 b CPLR ¹⁾ für die Fälle der preliminary injunction zwingend die Abgabe einer Verpflichtungserklärung und die Leistung einer Sicherheit. Für den selteneren Fall der temporary restraining order wird dies gem. § 6313 c CPLR ¹⁾ in das Ermessen des Gerichts gestellt, ohne daß eine Begründung für diese unterschiedliche Behandlung ersichtlich ist. Da die preliminary injunction im New Yorker Recht den Regelfall darstellt, ist auch die Abgabe einer Verpflichtungserklärung und die Leistung einer Sicherheit vor Erlaß einer einstweiligen Verfügung die Regel.

Gem. §§ 921 Abs. 2, 936 ZPO kann auch nach deutschem Recht der Erlass einer einstweiligen Verfügung von der zuvor vom Antragsteller zu leistenden Sicherheit abhängig gemacht werden. Im Regelfall wird die Sicherheitsleistung aber nicht zur Bedingung des Verfügungserlasses gemacht, sondern nur parallel angeordnet und dient somit nicht dem Erlass der einstweiligen Verfügung, sondern nur ihrer Vollziehung und Vollstreckung. ²⁾ Ein weiterer Unterschied zum New Yorker Recht besteht darin, daß die Sicherheitsleistung nicht zwingend angeordnet ist, sondern in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Das obligatorische Erfordernis einer Sicherheitsleistung im New Yorker Recht hat den Nachteil fehlender Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit. Vorallem aber führt § 6312 b CPLR ¹⁾

1) wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

2) Baumbach-Lauterbach § 921 Anm. Bb

zu einer Rechtsschutzverweigerung für die "arme" Partei. Dieser Folge war man sich in New York bei Schaffung des § 6312 b CPLR¹⁾ auch bewusst. Die Benachteiligung der "armen" Partei wurde in Kauf genommen, da man den Schutz des Beklagten, in dessen Rechte auf Grund eines nur summarischen Verfahrens ggfs. zu Unrecht eingegriffen wird, höherrangig bewertet. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß die Vermögensvollstreckung in New York mit anderen Problemen als in Deutschland konfrontiert wird. Besonders die in New York fehlende Meldepflicht bereitet oftmals Schwierigkeiten, den Schuldner aufzufinden und dann aus dem Urteil in einem anderen Staat zu vollstrecken.

Eine Übernahme der New Yorker Regelung in das deutsche Recht ist abzulehnen. Es ist angesichts der möglichen Folge der Rechtsschutzverweigerung für die "arme" Partei kein Grund für eine generelle Höherbewertung der vermögenswerten Interessen des Antragsgegners ersichtlich. Die deutsche Regelung, das Erfordernis der Sicherheitsleistung in das Ermessen des Gerichts zu stellen und die widerstreitenden Belange von Antragsteller und Antragsgegner im Einzelfall zu würdigen, ist vorzugswürdig.

Es spricht aber nichts dagegen, die zu der New Yorker Regelung führende Motivation in die Handhabung der deutschen Rechtsprechungspraxis einfließen zu lassen. Die deutschen Gerichte machen von der Möglichkeit, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung oder deren Vollstreckung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, nicht häufig Gebrauch. Gerade aber in Fällen (einseitigen) einstweiligen Verfügungserlasses ist die Sicherheitsleistung für den Antragsgegner von nicht zu unterschätzendem Wert, dies vorallem dann, wenn die ihm aus dem Verfügungserlaß drohenden Schäden reparabel sind. Der Antragsgegner ist nämlich durch die im deutschen Recht vorgesehene Regelung des § 945 ZPO nicht vor Illiquidität des Antragstellers geschützt. Sofern der aus dem Erlaß der Verfügung drohende Schaden bemessbar und die Zahlung der Sicherheit für den Antragsteller möglich und zumutbar

1) wie im Anhang der vorliegenden Arbeit abgedruckt

ist, sollte von der in §§ 921 Abs. 2, 936 ZPO eingeräumten Befugnis häufiger Gebrauch gemacht werden.¹⁾ Eine solche Praxis hätte nicht nur einen erhöhten Schutz für den Antragsgegner zur Folge, sondern würde auch eine gewisse Abschreckung für den liquiden Antragsteller bewirken. Denn selbst wenn sich der Antragsteller der Folge bewusst ist, daß er sogar im Falle einer unverschuldet ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung, an den Antragsgegner Schadensersatz leisten muss, ist dies für ihn nur eine theoretische Möglichkeit, mit der er sich nicht ausführlich auseinandersetzen wird. Muss er dagegen sogleich den in Betracht kommenden Schadensersatzbetrag als Sicherheit zur Verfügung stellen, dann wird ihm dies zu einer nochmaligen oder erstmaligen Prüfung seiner Rechtsposition verleiten und ggfs. das Risiko einer einstweiligen Verfügung als zu hoch erscheinen lassen.

8. Kapitel:

Die Schadensersatzansprüche

I. Die unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen

In beiden Rechtsordnungen haftet der Antragsteller bzw. der Kläger dem Antragsgegner bzw. dem Beklagten verschuldensunabhängig für den Schaden, der aus einer ungerechtfertigten einstweiligen Rechtsschutzmaßnahme erwächst. Im Gegensatz zum deutschen Recht wird die Haftung nach dem New Yorker Recht nicht nur ausgelöst, wenn die preliminary injunction von Anfang an unrichtig war. Der Kläger haftet auch dann, wenn die preliminary injunction aus Gründen, die erst nachträglich eingetreten

1) vgl. dazu auch Baur BB 64, 607

sind, in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wurde ¹⁾ oder wenn der Kläger wegen nachträglich veränderter Umstände in der Hauptsache unterliegt. ²⁾ Auch rein prozessuale Gründe, die keinerlei Aussage über die materielle Berechtigung der preliminary injunction machen und die zur Aufhebung in der Rechtsmittelinstanz oder zur Zurückweisung der Hauptsacheklage führen, begründen eine Haftung des Klägers. ³⁾

Diese New Yorker Rechtsauffassung ist nicht mit dem Zweck des verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs nach § 945 ZPO in Einklang zu bringen. Mit § 945 ZPO soll die, gerade aus der Besonderheit des summarischen Verfahrens für den Antragsgegner folgende Gefährdung kompensiert werden. ⁴⁾ Das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, also beispielsweise der örtlichen Zuständigkeit und eine sich etwa daraus ergebende Schädigung des Gegners ist keine Besonderheit des summarischen Verfahrens. ⁵⁾ Die einem summarischem Verfahren typischerweise innewohnende Gefahr ist auch nicht darin zu sehen, daß nachträglich veränderte Umstände eingetreten sind, die einen erneuten Verfügungserlaß nicht zuließen. Insoweit unterscheidet sich das Eilverfahren nicht von dem ordentlichen Erkenntnisverfahren, so daß keine Rechtfertigung für eine verschärfte, verschuldensunabhängige Haftung gegeben ist.

Die im einstweiligen Verfügungsverfahren typische Gefahr für den Antragsgegner ist ausschliesslich darin zu sehen, daß es dem Antragsteller möglich ist, auf dem Wege erleichterter Beweisanforderungen, u.U. sogar ohne Anhörung des Antragsgegners in dessen Rechtssphäre im Widerspruch zur

1) Margolies v. Encounter, Inc., (1977) 398 NYS2d 877;
Cross Properties, Inc., v. Brook Realty Co., (1980)
430 NYS2d 820

2) Metzger and Friedlander 29 BusLawyer S. 916

3) Peter Herbert S. 1561

4) Baur "Studien ..." S. 105

5) Baur "Studien ..." S. 104 f; Zöllner-Stephan § 945 Rdnr. 8

materiellen Rechtslage oder ohne zureichenden Sicherungsgrund einzugreifen.¹⁾ Also können auch nur das Fehlen des Verfügungsanspruches und -grundes zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses die verschuldensunabhängige Haftung aus § 945 ZPO zur Folge haben.

Ein weiterer Unterschied zum deutschen Recht ist darin zu sehen, daß im New Yorker Recht die Höhe der Haftung an den als Sicherheit hinterlegten Betrag gekoppelt ist. Dieser Betrag stellt die Höchstbegrenzung des zu leistenden Schadensersatzes dar. Einen über diesen Betrag hinausgehenden Schaden kann der Beklagte nur im Wege einer Klage wegen Prozeßbetruges geltend machen.²⁾

Diese Koppelung besteht nach deutschem Recht nicht und sollte auch nicht übernommen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Antragsgegner sich mit einem verschuldensunabhängig zu leistenden Schadensersatzbetrag begnügen sollte, dessen Bemessung auf einer hypothetischen Grundlage erfolgte, wenn der durch die einstweilige Verfügung inzwischen eingetretene Schaden faktisch feststeht. Das Risiko unzureichender Bemessung der Sicherheitsleistung muss vielmehr derjenige tragen, der die Rechte des Antragsgegners auf Grund summarischen ungerechtfertigten Verfahrens beeinträchtigt hat.

II. Die Ersatzfähigkeit der Verfahrenskosten

Die in der Rechtsprechung und Lehre³⁾ vertretene Ansicht, der Antragsgegner könne die ihm aus dem Erlaß der einstweiligen Verfügung entstandenen Kosten nicht gem. § 945 ZPO ersetzt verlangen, findet teilweise in der New Yorker Rechtsprechung ihre Entsprechung. Nach New Yorker Recht sind die Kosten, die zur Verteidigung gegen den Erlaß einer preliminary injunction aufgewandt wurden, nicht erstattungsfähig.⁴⁾ Diese Rechtsprechung muss allerdings vor

1) Baur "Studien ..." S. 105

2) Chapelle v. Gross (1966) 274 NYS2d 555

3) Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. Ba; Thomas/Putzo § 945 Anm. 5; LG Mainz NJW 54, 560

4) Bausch & Lomb Inc. v. Hydron Pacific, Ltd. (1975) 371 NYS2d 292

dem Hintergrund gesehen werden, daß nach New Yorker Recht jede Partei sowieso für die Kosten der eigenen Rechtsverfolgung, unabhängig vom Erfolg der Klage, selbst aufkommen muss.¹⁾ Insoweit verliert ein Vergleich an Relevanz.

Zwar kennt das New Yorker Recht grundsätzlich keinen Kostenerstattungsanspruch, gleichwohl kann der Beklagte die Kosten, die ihm aus der Verteidigung gegen die preliminary injunction nach deren Erlaß entstanden sind, ersetzt verlangen.²⁾

Insoweit sollte die New Yorker Rechtsprechung in das deutsche Recht übernommen werden. Die deutsche Zivilprozeßordnung bietet keine Anspruchsgrundlage für einen Erstattungsanspruch wegen der Kosten des Widerspruchsverfahrens, denn § 945 ZPO bietet dem Verfügungsbeklagten nur einen Anspruch auf Ersatz des "aus der Vollziehung" entstandenen Schadens. Dem Antragsgegner bleibt nur noch der Weg über § 826 BGB, wobei zu bemerken ist, daß ein Prozeßbetrug nur sehr schwer nachweisbar ist. Außerdem scheidet § 826 BGB dann aus, wenn der Verfügungskläger subjektiv von der Berechtigung seiner Verfügungsklage überzeugt war. Sowohl § 945 ZPO, als auch die Schadensersatzvorschriften der §§ 302 Abs. 4, Satz 3, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 ZPO wurden durch die Novelle von 1898 in die ZPO aufgenommen.³⁾ In den Fällen der vier obengenannten Paragraphen hat die Beschränkung des Ersatzanspruchs auf den Vollziehungsschaden gleichwohl zur Folge, daß der letztlich obsiegende Kläger nie die Kosten des bis zu seiner vorläufigen Verurteilung gediehenen Verfahrens tragen muss. Da das einstweilige Verfügungsverfahren in einem ganz engen Zusammenhang zum Hauptsacheverfahren steht, gebietet es sowohl die Vergleichbarkeit mit den oben genannten

1) Schurtmann S. 35

2) Hanley v. Fox (1982) 456 NYS2d 251

3) Löwer S. 239

Parallelbestimmungen als auch allgemeine Billigkeitserwägungen eine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen, daß der Anordnungsschaden nicht ohne weiteres ersetzbar ist und bezüglich der Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens § 945 ZPO analog anzuwenden. ¹⁾

III. Das Problem der Bindungswirkung vorangegangener Entscheidungen

Für die im deutschen Recht nicht einheitlich beantwortete Frage, ob das Schadensersatzgericht über die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches selbständig entscheidet bzw. inwieweit es an andere gerichtliche Entscheidungen gebunden ist, weist das New Yorker Recht keine vergleichbare Problematisierung auf. Auch nach New Yorker Recht (§ 6315 CPLR) muss die Zahlungsverpflichtung aus dem Bond in einem neuen Prozeß vor einem Gericht, das mit dem Gericht, das über die interlocutory injunction entschieden hat nicht identisch sein darf, durchgesetzt werden. ²⁾ In diesem Verfahren wird jedoch lediglich über die Höhe des Schadens gestritten. Es ist nicht Aufgabe des Schadensersatzgerichts, die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches zu überprüfen. ²⁾ Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch sind gegeben, wenn das Rechtsmittelgericht die interlocutory injunction aufgehoben hat oder wenn die Hauptsacheklage zurückgewiesen wurde. Desselben wenn der Kläger die Klage zurücknimmt ³⁾ oder sein Verfahren nicht weiterbetreibt. ⁴⁾ Die Regelung des New Yorker Rechts kann u.a. darauf zurückgeführt werden, daß auch das Verfahren, in dem die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens festgesetzt wird, summarisch ist. ²⁾ Dem Beklagten wird durch eine Bindung

1) Zöllner-Stephan § 945 Rdnr. 14; Stein-Jonas § 945 Rdnr. 6
Löwer ZZP 75, 244

2) Practice Commentaries by Joseph Mc Laughlin in McKinney's
C 6315:1 General

3) Metzger and Friedlander Seite 916

4) Note 73 Harv.L.Rev. S. 340 Fußnote 50

an die Rechtsbehelfsentscheidung daher nicht der Weg zur einem grundsätzlich bestehenden ordentlichen Verfahren versperrt.

Die im New Yorker Recht fehlende Problematisierung der Frage der Bindungswirkung vermag jedoch nicht die im deutschen Recht bestehenden dogmatischen Auseinandersetzungen zu entschärfen. Der in der Rechtsprechung und Lehre herrschenden Auffassung in Bezug auf die Bindungswirkung von Widerspruchs- bzw. Berufungsentscheidungen über die Rechtmässigkeit einer einstweiligen Verfügung für den Schadensersatzprozeß kann nicht zugestimmt werden. Im dogmatischen Ansatzpunkt ist die h.M. inkonsequent und somit auch teilweise fehlerhaft. Die h.M. begründet die Bindung des Schadensersatzgerichts an vorangegangene Widerspruchs- bzw. Berufungsentscheidungen mit deren Rechtskraftwirkung.¹⁾ Dabei fällt auf, daß die h.M. ihre Argumentation nicht strikt durchhält, sondern in zwei Fallkonstellationen, trotz bestehender Rechtskraft, eine Bindungswirkung gleichwohl ablehnt.

So hält die h.M. das Schadensersatzgericht für in seiner Meinungsbildung völlig frei, wenn gegen die einstweilige Verfügung weder Widerspruch noch Berufung eingelegt wurde.²⁾ Hierbei wird übersehen, daß gegen einstweilige Verfügungen, die in Form eines Urteils erlassen wurden, das Rechtsmittel der Berufung zulässig ist. Da das Rechtsmittel der Berufung an eine Frist gebunden ist, erwächst das einstweilige Verfügungsurteil mit Ablauf der Frist in formelle und materielle Rechtskraft. Die Ablehnung einer Bindungswirkung kann insoweit

1) stellvertretend für die h.M. Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 C a

2) BG 53, 239; 65, 196 f; 67, 365 f; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 D; Jauernig ZV § 36 V; A.Blomeyer § 119 V 2 a; Klausner MDR 81, 716

nicht mit dem Fehlen der Rechtskraft begründet werden. Die h.M. lehnt eine Bindungswirkung, bezüglich des Verfügungsanspruchs trotz bestehender Rechtskraft auch in den Fällen ab, in denen die Widerspruchs- bzw. Berufungsentscheidung den Erlaß der einstweiligen Verfügung bestätigt hat.¹⁾ Dies wird damit begründet, daß die Widerspruchs- bzw. Berufungsentscheidungen nur aufgrund summarischen Verfahrens gefällt würden und diese Entscheidungen daher nicht das gleiche Vertrauen wie Entscheidungen aufgrund eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens genießen könnten.

Ein Grund für die Ungleichbehandlung von Rechtsbehelfsentscheidungen, die die einstweilige Verfügung bestätigen und denen, die die einstweilige Verfügung aufheben, ist nicht ersichtlich, da die prozessuale Situation bei beiden dieselbe ist.²⁾ Beide Entscheidungen können in Rechtskraft erwachsen, da sie aufgrund mündlicher Verhandlung in Form eines Urteils erlassen wurden. Außerdem ergeht sowohl die bestätigende, als auch die aufhebende Rechtsmittelentscheidung aufgrund summarischen Verfahrens. Falls die Ansicht Baur's³⁾ zutrifft und die h.M. auf das Bemühen, Rechtsbehelfs- und Schadensersatzurteil zu harmonisieren, zurückzuführen sein sollte, so ist dazu zu sagen, daß die Gefahr eines Widerspruchs zwischen Rechtsbehelfs- und Schadensersatzurteil gerade die natürliche Folge der unterschiedlichen Verfahrensarten ist. Der Schadensersatzprozeß wird aufgrund eines ordentlichen Verfahrens durchgeführt und bezweckt somit eine gründlichere Untersuchung,

1) stellvertretend für die h.M. Baumbach-Lauterbach § 945 Anm.3 C b

2) Teplitzky NJW 84, 850 (851)

3) Baur "Studien ..." S. 107

als dies im Rahmen eines summarischen Verfahrens möglich ist, um so der Wahrheit letztlich doch zum Siege zu verhelfen. Wenn nun schon einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden sollen, dann ist ein Widerspruch zwischen einer aufgrund summarischen Verfahrens und einer aufgrund ordentlichen Verfahrens ergangenen Entscheidung eherhinnehmbar als ein Widerspruch zwischen der Hauptsache- und der Schadensersatzentscheidung, die beide aufgrund ordentlichen Verfahrens ergangen sind. Ein solcher Widerspruch ist in dem Fall denkbar, daß der Schadensersatzprozeß, in dem das Gericht an die vorangegangene Rechtsmittelentscheidung gebunden ist, vor dem Hauptsacheprozeß entschieden wird. Es ist somit Teplitzky¹⁾ voll darin zuzustimmen, daß die Bindungswirkung einer Vorentscheidung ihre Endgültigkeit voraussetzt. Wenn und soweit ein Urteil nur vorläufigen Charakter hat, weil sein Inhalt in einem anderen Verfahren jederzeit abgeändert und damit erst endgültig und für die Parteien verbindlich wird, ist eine Bindung des Schadensersatzgerichts an ein solch vorläufiges Urteil sinnwidrig. Es muss dann zu einer Konfliktsituation führen, wenn das Gericht aufgrund des Hauptsacheverfahrens zu einer abweichenden Entscheidung kommt.

Eine Bindung des Schadensersatzgerichts an die Widerspruchsentscheidung ist vorallem auch deshalb bedenklich, weil der für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung maßgebliche Zeitpunkt bei der Widerspruchs- und der Schadensersatzentscheidung nicht identisch ist. Bei der Widerspruchsentscheidung muß das Gericht überprüfen, ob die einstweilige Verfügung am Schluß der letzten mündlichen Verhandlung (noch) rechtmässig ist.²⁾ Das Schadensersatzgericht

1) Teplitzky NJW 84, 850 (851)

2) Baumbach-Lauterbach § 925 Anm. 1 B

dagegen hat sich ausschliesslich mit der ursprünglichen Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung auseinanderzusetzen Würde man also der h.M. folgen und das Schadensersatzgericht an eine ablehnende Widerspruchsentscheidung binden, so würde im Schadensersatzurteil nach § 945 ZPO keine Entscheidung über die ursprüngliche Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung getroffen werden.

In einer neueren Entscheidung begründet der BGH ¹⁾ die Bindungswirkung vorangegangener Rechtsbehelfsentscheidungen damit, daß bei § 945 ZPO formale Erwägungen ausschlaggebend seien und verweist insoweit auf die §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO, die einen Schadensersatzanspruch des Antragsgegners, unabhängig von der materiellen Rechtslage herbeiführen können. Es erscheint jedoch sehr fraglich, ob man die Ausnahmetatbestände der §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO erweiternd zur Begründung der gesamten Handhabung des § 945 ZPO heranziehen kann. Ziel der in den §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO getroffenen Regelung ist es, auf den Antragsteller Druck auszuüben. Dem Antragsteller soll die Möglichkeit genommen werden, sich mit einem summarischen Verfahren bzw. einer Entscheidung des an sich unzuständigen Amtsgerichtes zu begnügen, ohne eine Klärung auf Grund ordentlichen Erkenntnisverfahrens herbeizuführen. Die §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3, 945 Satz 1, 2. Alternative ZPO sanktionieren den Antragsteller für sein Unterlassen dadurch, daß sie dem Antragsgegner unabhängig von der materiellen Rechtslage Schadensersatz zusprechen. Dabei ist vorallem auch zu berücksichtigen, daß der BGH ²⁾ an anderer Stelle für den Fall der Unterlassungsverfügung feststellt, daß das Schadensersatzgericht auch nach einer Aufhebung gem. §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO prüfen muss, ob der der einstweiligen Verfügung zugrunde gelegte Verfügungsanspruch bestanden hat, und daß für den Fall, daß der Verfügungsanspruch bestanden hat eine Entstehung des Schadens ausgeschlossen ist und die Schadens-

1) BGHZ 75, 5

2) BGHZ 15,356 (359); BGH NJW 81, 2579

ersatzklage zurückgewiesen werden muß. Da der BGH somit im Rahmen der §§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO eine rein formale Betrachtungsweise aufgegeben hat, kann sie auch nicht mehr zur Begründung einer darüber hinausgehenden allgemeinen Bindungswirkung herangezogen werden.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur will das Schadensersatzgericht nicht nur an Rechtsbehelfsentscheidungen betreffs des Verfügungsanspruchs, sondern auch, und dies uneingeschränkt, betreffs des Verfügungsgrundes binden.¹⁾

Auch diese Auffassung wird in der Literatur kritisiert.²⁾

Dabei können allerdings nicht dieselben Argumente, die zur Ablehnung einer Bindungswirkung in Bezug auf den Verfügungsanspruch führten, herangezogen werden. Im Bereich des Verfügungsgrundes wird es niemals zu einer abweichenden Entscheidung in der Hauptsache kommen, da der Verfügungsgrund kein Gegenstand des Hauptsacheverfahrens ist. Die Ablehnung einer Bindungswirkung kann daher nur damit begründet werden, daß man dem Antragsteller nicht die Möglichkeit nehmen soll, eine endgültige Klärung in einem ordentlichen Prozeßverfahren mit weitergehenden Erkenntnismitteln durchzuführen. Die von der Literatur befürchteten unbilligen Ergebnisse ließen sich jedoch auch dadurch vermeiden, daß man sich der vom BGH³⁾ vertretenen Ansicht anschließt, daß formal unberechtigte einstweilige Verfügungen letztendlich doch nur dann einen Schadensersatzanspruch auslösen könnte, wenn der Schadensersatzrichter zu der Überzeugung komme, daß die einstweilige Verfügung auch materiell-rechtlich nicht gerechtfertigt gewesen seien.

1) RGZ 65, 67; 67, 365; RG JW 1911, 819; 1937, 2234; OLG Hamburg MDR 1956, 304; Baumbach-Lauterbach § 945 Anm. 3 C b; Zöllner-Stephan § 945 Rdnr. 10; Thomas/Putzo § 945 Anm. 2 c; Schwerdtner NJW 70, 597

2) Stein-Jonas § 945 Rdnr. 30, 32

3) BGHZ 15, 356 (359); BGH NJW 81, 2579

D. Schlußbemerkung

Die Rechtsvergleichung ist durch die Suche nach der "sogenannten besseren Lösung" für bestimmte Probleme geprägt. ¹⁾ Dabei sollte man sich nicht auf die Kenntnis des positiven Rechts, bzw. das untersuchte Rechtsinstitut beschränken, ohne die Elemente zu beachten, mit denen es funktionell zusammenhängt oder auf die es Auswirkungen haben kann. ²⁾

Gerade mit der vorliegenden Untersuchung soll aufgezeigt werden, daß es sich bei der Dogmatik des einstweiligen Rechtsschutzes jeweils um nationale Phänomene handelt, die von den sozialen Gegebenheiten und vor allem auch dem historischen Ursprung geprägt sind. ³⁾ Auffallend ist, daß trotz aller nationaler Divergenzen in beiden Rechtsordnungen dieselben Probleme beim Erlaß einstweiliger Verfügungen eine Rolle spielen, und daß bei ihrer Erörterung sogar dieselben Argumente gebraucht werden. In beiden Rechtsordnungen setzt man sich mit der Frage auseinander, in welchem Umfang eine Überprüfung der materiellen Rechtslage stattfinden sollte und ob eine Annäherung an die Verfahrensweise des Erkenntnisverfahrens nicht zu Gunsten einer Interessenabwägung verhindert werden kann, um so eine Verdrängung des ordentlichen Verfahrens durch das einstweilige Rechtsschutzverfahren zu vermeiden. In beiden Rechtsordnungen ergibt sich das Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz aus der zu langen Dauer normaler Gerichtsverfahren, die für die Entscheidung dringender

1) Zweigert-Kötz S. 16; Zitelmann S. 14; Constantinesco I 207

2) Grossfeld Bernhard S. 9 u. Constantinesco II 233

3) Kötz S. 166

Fälle ungeeignet sind.¹⁾ Eilverfügungen haben daher in unserer Rechtsordnung eine immens praktische Bedeutung gewonnen, so daß ihre Zahl ständig steigt.²⁾ Überdies wird ihre Funktion, die ursprünglich ausschliesslich der Rechtsstärkung diente, zunehmend in Bereiche (vorläufiger) Rechtswirklichung ausgeweitet, so daß auf einzelnen Rechtsgebieten, etwa im Wettbewerbs- oder Presserecht, der normale Prozeß bereits weitgehend zurückgedrängt und sogar oft vollständig ersetzt wird.³⁾

Die Untersuchung des New Yorker Rechts hat gezeigt, daß sich die Rechtsprechung dort um Herstellung möglichst grosser Waffengleichheit zwischen den Parteien bemüht und daher in einigen Teilbereichen strengere Anforderungen an den einstweiligen Verfügungserlaß stellt, als dies bei uns üblich ist.

Wie bereits eingangs erwähnt, darf diese unterschiedliche Handhabung in unsere Rechtsordnung, mit dem Ziel den Anstieg von einstweiligen Verfügungsverfahren, speziell auch den von Befriedigungsverfügungen einzudämmen, nicht übernommen werden, ohne auch die Besonderheiten unserer Rechtskultur, unseres materiellen Rechts und der Sozialstruktur zu berücksichtigen.

Der Vergleich hat gezeigt, daß gerade die im New Yorker Recht von unserem Recht abweichenden Regelungen, deren Übernahme zwar eine Abnahme einstweiliger Verfügungsverfahren zur Folge hätte, mit unserem Rechtsverständnis nicht vereinbar sind und daher nicht übernommen werden sollten.

So beispielsweise das Erfordernis, von dem Antragsteller den Nachweis eines ihm, für den Fall des Nichterlasses der einstweiligen Verfügung, bestehenden irreparablen Schadens zu verlangen.

1) Teplitzky JUS 80, 882; Peterson Courtland S. 281

2) Statistisches Jahrbuch 1984 S.339

3) Baur BB 64, 607; Hadding ZHR 130, 1; Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, S. 224 ff.

Zwar würden damit alle Fälle, in denen der drohende Schaden durch Geld ausgleichbar wäre, nicht mehr dem Anwendungsbereich des einstweiligen Verfügungsverfahrens unterfallen, dies hätte aber, durch die vorhersehbar schwierige Nachweislage des Antragstellers, auch zur Folge, daß der Rechtsschutz im Einzelfall ungerechtfertigt versagt würde. Außerdem wäre eine Übernahme des Irreparabilitätsgrundsatzes nicht mit dem, in unserer Rechtsordnung herrschenden, Naturalrestitutionsgrundsatz vereinbar:

So ist auch die Übernahme der bestehenden Handhabung der objektiven Rechtskraft abzulehnen. Zwar würde eine Anwendung der strengeren New Yorker Präklusionswirkung bei uns eine Reduktion einstweiliger Verfügungsverfahren bedeuten, sie widerspräche jedoch der aus unserer Praxis des Verfügungsverfahrens folgenden Notwendigkeit, die vom Antragsteller hinzunehmenden Beschränkungen zu kompensieren. Der in beiden Rechtsordnungen unterschiedliche Verfahrensablauf erfordert auch die unterschiedliche Behandlung der objektiven Rechtskraftfragen.

Das Gleiche gilt für die Unterschiede auf dem Gebiet der subjektiven Rechtskraft. Auch in diesem Bereich würde eine Anwendung der New Yorker Rechtsprechung im deutschen Recht zu einer Reduzierung einstweiliger Verfügungsverfahren führen. Dies jedoch ausschliesslich auf Kosten des Grundsatzes der Rechtssicherheit, der dem Ziel nach weniger einstweiligen Verfügungsverfahren wegen höherrangiger Wertigkeit keinesfalls geopfert werden darf.

Besonders augenscheinlich würde eine Übernahme des Erfordernisses, vor jeder einstweiligen Verfügung zwingend Sicherheit leisten zu müssen, zu einer geradezu rapiden Abnahme einstweiliger Verfügungsverfahren führen. Gleichwohl kann dies nur als Anregung für die deutschen Gerichte von dieser, auch in unserer Rechtsordnung bestehenden, Möglichkeit häufiger Gebrauch zu machen, verstanden werden. Eine zwingend zu entrichtende Sicherheits-

leistung hätte eine Rechtsschutzverweigerung für die "arme" Partei zur Folge. Es geht nicht an, den Rechtsschutz, von den Umständen des Einzelfalles losgelöst, nur deshalb zu verweigern, weil beim Antragsgegner pekunär hoch zu bewertende Interessen auf dem Spiel stehen, ohne die Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage oder die dem Antragsteller drohenden Schäden zu berücksichtigen.

Auch die Übernahme, der im Recht von New York vorgesehenen Haftung für ungerechtfertigte einstweilige Verfügungen, könnte dazu führen, den Antragsteller von der Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens abzuschrecken. Nach New Yorker Recht haftet der Kläger verschuldensunabhängig für eine ungerechtfertigte einstweilige Verfügung, gleich auf welchem Umstand die Rechtswidrigkeit auch immer beruht. Dies stellt jedoch einen unangemessen Eingriff in die Rechte des Antragstellers dar, da ein solcher Eingriff sich nicht mit den für ein summarisches Verfahren typischen Gefahren rechtfertigen lässt.

Umgekehrt aber sollten gewisse Rechtspraktiken des New Yorker Rechts in unsere Rechtsordnung übernommen werden, obwohl sie uns nicht der in Rechtsprechung und Literatur bestehenden Zielvorstellung, reduzierten Verfügungserlasses näher bringen.

So z.B. das Erfordernis einer Interessenabwägung als Ausgleich der bei der Hauptsacheprognose notwendigerweise auftretenden Schwächen. Die Interessenabwägung bedeutet für den Antragsgegner, in dessen Rechte aufgrund nur summarischer Überprüfung der Rechtsposition des Antragstellers eingegriffen wird, eine zusätzliche Absicherung und bietet dem Antragsteller auch für den Fall einer komplizierten Sach- und Rechtslage die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes.

Vor allem aber sollten vor Erlass von Befriedigungsverfügungen die Interessen der Parteien gegeneinander abgewogen werden und das von Rechtsprechung und Literatur aufgestellte Postulat strengerer Anforderungen an Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und -grund dadurch ersetzt werden. Diese Lösung hat den Vorteil grösserer Einzelfallgerechtigkeit. Denn legt man eine Situation zugrunde, die den Erlass einer Befriedigungsverfügung rechtfertigen könnte, so sind nicht nur die Rechte des Antragsgegners betroffen, in die aufgrund summarischen Verfahrens eingegriffen werden wird, sondern auch die des Antragstellers. Unterstellt man ein tatsächlich rechtswidriges, die Rechte des Antragstellers in erheblichem Umfang schädigendes Verhalten des Antragstellers, so ist nicht einzusehen, warum sein Antrag mangels verstärkter Glaubhaftmachung abgelehnt werden sollte, selbst wenn seine Interessen, die des Antragsgegners in ganz erheblichem Ausmaß überwiegen. Mit dem Erfordernis einer Interessenabwägung kann auch den jeweiligen Besonderheiten des materiellen Rechts besser begegnet werden. Im Wettbewerbsrecht beispielsweise ergehen schon in der derzeitigen Rechtsprechung Unterlassungsverfügungen, ohne daß beim Antragsteller, die in Rechtsprechung und Literatur geforderte "Notlage" vorliegt. Eine solche Notlage kann auch nicht von der allgemeinen Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG umfaßt werden, da sie über diese ja gerade erheblich hinausgehen muss. Es ist also davon auszugehen, daß schon de lege lata die Interessen der Parteien gegeneinander abgewogen werden, ohne daß dies aber gesetzlich festgelegt wäre. Es ist natürlich einzuräumen, daß auch das Postulat einer Interessenabwägung unsere Gerichte mit Schwierigkeiten, besonders solche praktischer Art, konfrontieren wird. Denn es kann nicht davon ausgegangen werden, daß immer nur Interessen gleicher Art aufeinander treffen, sondern werden gerade auch vermögenswerte und ideelle, Individual- und Institutionsinteressen

einander gegenüberstehen.

Der Vorschlag, anstelle von verschärften Anforderungen an die Glaubhaftmachung, die im Einzelfall betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen, wird vor allem bei denjenigen Zweifeln auslösen, die den Anstieg von Befriedigungsverfügungen gerade durch diese verschärften Anforderungen vermeiden wollen, denn durch die Interessenabwägung wird auch all denen der Erlass einer Befriedigungsverfügung ermöglicht, die ihren Anspruch nicht vollkommen unzweifelhaft darlegen, bzw. bei denen der Nichterlaß keine existenzielle oder lebensbedrohende Notlage auslöst.

Daher stellt sich die Frage, inwieweit die Forderung, weniger Befriedigungsverfügungen zu erlassen, überhaupt aufrechterhalten werden kann.

Das erhöhte Bedürfnis nach Befriedigungsverfügung ist auf die Veränderung der Sozialstruktur im weitesten Sinn und somit auch der materiellen Rechtsgrundlagen zurückzuführen. In dichtbevölkerten Industrieländern, und dort vor allem in den städtischen Ballungsgebieten, rücken die Menschen einander immer näher, weiterhin haben auch die modernen Technologien der Warenherstellung, des Verkehrswesens, der Kommunikation und Massenmedien, die Folgen einer Einwirkung auf die Rechtskreise anderer erheblich gesteigert.¹⁾ Diese Veränderungen des gesamten Rechtswesens führen zu einem gesteigerten Bedürfnis, gefährdete Rechtspositionen vorbeugend zu schützen. Dieser Entwicklung hat sich auch das deutsche materielle Recht angepasst. Das materielle Recht beeinflusst das prozessuale Recht, wie aus § 940 a ZPO und aus § 25 UWG deutlich hervorgeht, der den Antragsteller von den Anforderungen der §§ 935, 940 ZPO teilweise ausdrücklich befreit. Es sind also die unterschiedlichen Ausformungen im materiellen Recht, die gerade im Bereich der Befriedigungsverfügung dazu führen, daß im Recht von New York weniger einstweilige Verfügungen als bei uns erlassen werden.

Es kann daher nicht Aufgabe des Prozeßrechtes sein, Veränderungen im materiellen Recht zu verhindern. Das Prozeßrecht kann sich den

sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen auch nicht dadurch verschliessen, daß es sie ignoriert.

Es war das Ziel der vorliegenden Untersuchung durch das Aufzeigen gemeinsamer Probleme, das eigene Recht besser zu verstehen und seine Schwierigkeiten deutlich zu erkennen. Es bleibt zu hoffen, daß es der vorliegenden Arbeit gelungen ist, die Schwächen des eigenen Rechts durch einen Vergleich mit dem New Yorker Recht zu kennzeichnen und brauchbare Vorschläge zur Verbesserung aufzuzeigen.

Literaturverzeichnis

I. Zum amerikanischen Recht

- American Jurisprudence, - A modern and comprehensive text
statement of American Law, Volume 42,
Second Edition, New York, 1969
- A modern and comprehensive text
statement of American Law, Volume 1
First Edition, New York 1937
- Cumulative Supplement, Volume 42,
San Francisco, 1983
- Arnold The Code " Cause of Action " clari-
fied by United States Supreme Court,
19 American Bar Association
Journal 215, 1933
- Barbour Willard Some Aspects of Fifteenth - Cen-
tury Chancery, Note 31 Harvard
Law Review 834
- Barton H. Thompson Jr. Injunction Negotiations : An Eco-
nomic, Moral and Legal Analysis,
Stanford Law Review 1563(1567),
Volume 27 , 1975
- Bordwell Running of Convenants, Note XXXVI
Iowa Law Review 504
- Blumenwitz Dieter Einführung in das Anglo-Amerikanische
Recht, 2. Auflage, München 1976
- Chayes Abram The Role of the Judge in Public
Law Litigation, Note 89 Harvard Law
Review 1281, 1976
- Clark C.E. The Code Cause of Action, 33 Yale
Law Journal 817, 1924
- Dobbs Dan.B. Handbook on the Law of Remedies,
St. Paul, Minnesota, 1973

Dobbyn John F.	Injunctions in a Nutshell, St.Paul, Minnesota, 1974
Engelmann- Plger Albrecht	Die Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils im Recht der Vereinigten Staaten , Berlin, 1974
Fiss Owen M.	Injunctions, 1973
Frank	Courts on Trial, 63 Harvard Law Review 1466 (1950)
Griew E.J.	The English Legal System, London 1957
Griswold	Dean's Report, Harvard Law School 5, 1963
Hanbury Harold Greville	Modern Equity. The Principles of Equity, Seventh Edition, London, 1957
Hazeltine	Selden as a Legal Historian, Note XXIV Harvard Law Review 282
Hay Peter	Einführung in das amerikanische Recht, Darmstadt, 1975
Herbert Peter	Civil Practice, New York University Law Review, 36/2, 1961
Holdsworth William	A History of English Law , 4.Aufl., London 1966
Horsfield Peter M.	Equity, London 1960
James Fleming, Jr.	Civil Procedure, Boston Toronto, 1965
Kanzler Hans-Joachim	Der einstweilige Rechtsschutz durch die interlocutory injunction im englischen Zivilprozess, Mainz 1979
Keeton , Georg Williams	An Indroduction to Equity , 6 ed. London 1965
Kerr William Williamson	A Treatise on the Law and Practice of Injunctions, 6.Aufl., London 1927
Lempert	Modeling Relevance, 75 Michigan Law Review 1021, 1977

Leubsdorf John	The Standard For Preliminary Injunction ,Note 91 Harvard Law Review 525, 1978
Louisell-Hazard	Cases and Materials on Pleading and Procedure, Third Edition, Mineola, New York, 1973
Maitland F.W.	Equity.A course of lectures, Cambridge,1949
Mc Kinney's	Consolidated Laws of New York Annotated Book 7 B,Civil Practice Law and Rules
Mc Kinney's	Supplementary Practice Commentary, July 1983
Mc Laughlin Joseph M.	Practice Commentaries ,Mc Kinney's , Consolidated Laws of New York Annotated Book 7 B
Metzger Eugene J. and Friedlander Michael E.	The Preliminary Injunction: Injury without Remedy ?, 29 Bus Lawyer 913 1973
Millar	The Premises of the Judgement as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law, 39 Michigan Law Review,1 (I),238 (II),1940
Note	Developments in the Law-Res Judicata, 65 Harv.L.Rev. 818(836),1952
Note	Probability Of Ultimate Success Held Unnecessary For Grant Of Interlocutory Injunction, 71 Col.L.Rev. 165,1971
Note	Interlocutory Injunctions and the Injunction Bond, 73 Harv.L.Rev. 333, 1959

Note	Developments In The Law Injunctions, 78 Harvard Law Review 995, 1975
O' Connell	Remedies in a Nutshell, St. Paul, Minnesota, 1977
Parker Reginald	Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien, 1960
Rterfreund Herbert and Mc Laughlin Joseph M.	New York Practice Cases And Other Materials, Third Edition, Mineola, New York 1973
Plucknett Theodore F.T.	A concise History of the common Law, Fifth Edition, Boston 1956
Potter Harold	An Historical Introduction to English Law and its Institutions, London 1948
Pound	The Progress of the Law, 1918-1919, Equity , 33 Harv. L. Rev. 420(434), 1920
Rosenberg Maurice and Weinstein Jack B.	Elements of Civil Procedure Cases and Materials, Brooklyn , 1962
Schopflocher	Civil Procedure : A Comparative Study of Some Principal Features under German and American Law, Wisc. L. Rev. 234, 1940
Schurtmann William and Walter Otto L.	Der amerikanische Zivilprozeß: ein Überblick für die Praxis , Frankfurt, 1978
Siegel David D.	Handbook on New York Practice, St. Paul, Minn., 1978
Spelling Thomas C. and Lewis James Hamilton	A Treatise On The Law Governing Injunctions, St. Louis Mo., 1926
Stoll	Consequences of liability: remedies, International Encyclopedia of comparative law, Vol. 11, Ch. 8, Tübingen 1972

- Wachtell Herbert M. New York Practice under CPLR,
Fifth Edition, New York City
1976
- Weinstein Jack B. and New York Civil Practice, Volume
Korn Harold L. and 7 A, New York, 1976
Miller Athur R.
- Wilson Granting Interlocutory Injunction,
125 New L. J. 3o2, 1975
- Wright Charles Alan and Federal Practice and Procedure,
Miller Arthur R. Vol. 4-6.8, Federal rules of
civil procedure, St. Paul. Minn.:
West 1969-7o
- II. Zum deutschen Recht
- Arens Peter Verfügungsanspruch und Interessen-
abwägung beim Erlaß einstweiliger
Verfügungen, Festschrift für
Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1978
- Barby v. Hanno Anmerkung zu OLG Lüneburg, Urteil
vom 27.9.1972, JZ 1973, Seite 161
- Bauer Hellmuth Die Berichtigung von Schuldtiteln
in der Zwangsvollstreckung,
Jur Büro 1962, Seite 594
- Baumann Jürgen Zwangsvollstreckung, 2. Auflage,
Bielefeld, 1982
- Baumbach Adolf Wettbewerbsrecht, 14. Auflage,
Hefermehl Wolfgang München 1983
- Baumbach Adolf Zivilprozeßordnung, 42. Auflage
Lauterbach Wolfgang München 1984
- Baumgärtel Gottfried Besprechung von Fritz Baur: Studien
zum einstweiligen Rechtsschutz,
ACP 168, Seite 4o1
- Baur Fritz Arrest und einstweilige Verfügung in
ihrem heutigen Anwendungsbereich,
RB 64, Seite 6o7

- Baur Fritz
-Rechtsnachfolge im Verfahren und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, S.19 München 1976
- Baur Fritz
Stürner Rolf
-Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1976
- Bayer Hieronymus von
Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Auflage, Heidelberg 1983
- Benda Ernst
Theorie der summarischen Prozesse, nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts, mit Ausschluß des Concursprozesses, 6. Auflage, München 1853
- Bernhard Wolfgang
Richter im Rechtsstaat, DRiZ 1979, S. 357
- Blomeyer Arwed
Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung, ZZP 66, Seite 77
- Blomeyer Jürgen
Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren 1. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
- Blomeyer Karl
Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung einer Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZZP 81, S. 20
- Borck Hans Günther
Arrest und einstweilige Verfügung ZZP 65, Seite 52
- Kostenfestsetzung aufgrund von Schutzschrift-Hinterlegung ? Erinnerung an die Vorschriften der §§ 91,103,269,922,929,937 ZPO und 31,32,40 und 118 BRAGO, WRP 78, S.262
- Kunstfehler und kalkulierte Risiken beim Umgang mit Unterlassungsverfügungen, WRP 79, S. 274
- Prinzipielles Befriedigungsverbot und obligatorische mündliche Verhandlung ? Zur beabsichtigten Änderung des Arrest-und Verfügungsverfahrens, WRP 72, S. 238

- Borck Hans Günther Zur Zurückweisung des Verfügungsantrages ohne mündliche Verhandlung , WRP 78, S. 641
- Brill Werner Die Durchsetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs, BB 1982, S. 621
- Bruns Carl Georg Das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart Tübingen 1848
- Bruns Rudolf -Schadensersatz-und Rechtskraftfragen des § 945 ZPO, ZZP 65, S. 67
- Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, Berlin, Frankfurt 1963
- Cohn Fritz Kann der rechtskräftige abgelehnte Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Grund desselben Sachverhaltes unter besserer Glaubhaftmachung erneut gestellt werden ? Ein Beitrag zur Lehre der materiellen Rechtskraft, JW 15,S. 1338 und 1421
- Constantinesco Léontin-Jean -Definition der Rechtsvergleichung und Abgrenzung ihres Gegenstandes gegenüber benachbarten Disziplinen, Einführung in die Rechtsvergleichung Band I, 1. Auflage, Köln,Berlin,Bonn München 1971
- Die Phasen des methodologischen Prozesses. Die zweite Phase: Das Verständnis des zu vergleichenden Elementes, Rechtsvergleichung, Die rechtsvergleichende Methode, Band II, 2. Auflage Köln, Berlin, Bonn, München 1972
- Danz Wilhelm August Friedrich Grundsätze der summarischen Prozesse, Stuttgart 1806
- Denck Johannes Das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsrechtsstreit, NJW 83, S. 255
- Dütz Wilhelm Vorläufiger Rechtsschutz im Arbeitskampf, BB 1980, S. 533
- Duffek Hans Einstweilige Verfügung gegen verbotene Eigenmacht, NJW 1966, S. 1345

- Eichhorn Die einstweilige Verfügung
in ihrem Verhältnis zum Arrest,
Erlangen 1909
- Engelschall Änderung der Verfahrensvorschriften
bei Erwirkungen einstweiliger Ver-
fügungen, GRUR 1972, S. 103
- Ennercerrus Ludwig
Nipperdey Hans Carl Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts , Tübingen 1959
- Faupel Rainer Streikverbot durch einstweilige
Verfügung, DB 1971, S. 816 u. 868
- Fenge Hilmar Beweislast in Wettbewerbsprozessen,
JurA 1970, Seite 47
- Finkelnburg Klaus Vorläufiger Rechtsschutz im Ver-
waltungsstreitverfahren, 2. Auflage,
München 1979
- Finken Klaus Die endgültige Vermögensverschiebung
aufgrund einstweiliger Verfügung;
Bochum , 1970
- Fritz Ulrich -Bemerkungen zur einstweiligen Ver-
fügung im Bereich der gewerblichen
Schutzrechte und im Wettbewerbsrecht,
GRUR 1979, S. 290

-Probleme der Dringlichkeit und ihrer
Glaubhaftmachung im Verfahren zur Er-
wirkung einstweiliger Verfügungen,
GRUR 1981, Seite 38
- Furtner Georg -Sicherung eines künftigen Rechtser-
werbs durch einstweilige Verfügung,
NJW 1964, S. 745

-Vollstreckungsrechtsklausur: Der
Streit um das Testament der Witwe
Lustig, JUS 1967, S. 174
- Gamm Frhr. v. Otto-Friedrich Vermutung der Dringlichkeit in Wett-
bewerbssachen, WRP 1968, Seit 312
- Gaul Hans Friedhelm Einstweilige Unterhaltsregelung zu-
gunsten des unehelichen Kindes während
der Aussetzung des Unterhaltspro-
zesses analog § 940 ZPO, 1716 BGB,
FamRZ 1958, S. 157

- Gerhard Walter Vollstreckungsrecht, 2. Auflage, Berlin, New York, 1982
- Gönnner Nikolaus Thaddeus Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, 2. Auflage, Erlangen, 1804
- Göppinger Horst Unterhaltsrecht, 4. Auflage, Bielefeld, 1981
- Goetze v. Robert Zurückweisung eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung ?, WRP 1978, S. 433
- Goldschmitt James Zivilprozeßrecht, Berlin, 1933
- Grossfeld Bernhard Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereinigte Staaten von Amerika - Deutschland, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, S. 5, 39. Jahrgang, Tübingen, 1975
- Grunsky Wolfgang
- Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht, JUS 1977, S. 217
 - Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, S. 724
 - Buchbesprechung von Schilken Eberhard : Die Befriedigungsverfügung, Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 90, S. 208
 - Buchbesprechung von Leipold Dieter: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ZZP 85, S. 359
 - Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JUS 1976, S. 277
 - Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine rechtsvergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, 2. Auflage Bielefeld, 1974
 - Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer, ZZP 76, S. 165

Hadding Walther	Zur einstweiligen Verfügung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 130, S. 1, 1968
Hahn-Stegemann	Materialien zur ZPO, 2. Auflage
Hay Peter	Einführung in das amerikanische Recht, Darmstadt, 1975
Heckelmann Dieter	Die einstweilige Verfügung im Ar- beitskampf, AuR, 1970, S. 166
Heinz Gerhard	
Stillner Walter	Noch einmal zur Zurückweisung eines Verfügungsantrages ohne mündliche Verhandlung, WRP 1979, S. 625
Hendel Dieter	Ressourcenknappheit und Rechtsgewährung. Überlegungen zur Ökonomie des Zivil- prozesses, DRiZ 1980, S. 376
Hobbeling Walther	Die Rechtstypen der zivilprozessualen einstweiligen Verfügung. Eine Unter- suchung zur Unterscheidung und Abgren- zung der zivilprozessualen Verfügungs- rechtsgrundlagen §§ 935 und 940 ZPO, sowie zur Einordnung der sogenannten Leistungsverfügung, Münster 1974
Höhne Ruppert	Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Freiburg, 1975
Hueck G.	Beschäftigungspflicht- Nr. 7, AP § 611 BGB
Jauernig Othmar	-Anmerkungen zur dem Urteil LG Braun- schweig, Urteil vom 3.12.1974, abgedruckt in NJW 1975, 782, NJW 1975, S. 1419 -Der zulässige Inhalt einstweiliger Ver- fügungen, ZRP 79, Seite 321 -Materielles Recht und Prozeßrecht, JUS 1971, Seite 329 -Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. Auflage, München, 1983
Jobs Friedhelm	Der Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers als rechts- und arbeitsmarktpolitisches Problem, AuR 1981, S. 19
Kanzler Hans-Joachim	Der einstweilige Rechtsschutz durch die interlocutory injunction im englischen Zivilprozeß, Mainz 1979

- Klaka Rainer Die einstweilige Verfügung in der Praxis, GRUR 1979, S. 598
- Klauser Karl-August Abänderung von Unterhaltstiteln, MDR 1981, S. 711
- Klebe Thomas
Schumann Manfred Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß, Köln, 1981
- Kleffmann Norbert Unbekannt als Parteibezeichnung. Zivilprozessuale Möglichkeiten und Grenzen dargestellt am Beispiel einer auf Räumung gerichteten einstweiligen Verfügung gegen Hausbesetzer, Frankfurt, Bern, New York, 1983
- Kleinfeller Georg Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage, Berlin, 1925
- Kötz Hein Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht. Eine rechtsvergleichende Skizze, AcP 174, S. 145
- Kohler Josef Grundriss des Zivilprozesses mit Einschluß des Konkursrechts, 2. Auflage Stuttgart, 1909
- Leipold Dieter -Die Schutzschrift zur Abwehr einstweiliger Verfügungen gegen Streiks, RdA 1983, S. 164
-Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil- verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München, MCML XXI
-Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 90, S. 267
- Lempp Dietrich Zweifelsfragen zur Zuständigkeit des Amtsgerichts nach § 942 ZPO, NJW 1975, S. 1920
- Lent Fr. -Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt, NJW 1951, Seite 721
-Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.3.1955, abgedruckt in NJW 1955, 1194, NJW 1955, S. 1194
- Leue Jürgen Buchbesprechung von May Axel: Die Schutzschrift im Arrest- und Einstweiligen-Verfügungsverfahren, MDR 1984, S. 349

- Lindacher Walter F. Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß, ZZP 90, S.131
- Liskén Hans Räumungstitel gegen Unbekannt, NJW 1982, S. 1137
- Löffler Anmerkungen zu LG Braunschweig, Urt. v. 18.3.1954, NJW 1954, S.1488
- Löwer Kurt Der Anspruch des im Hauptprozeß obsiegenden Arrestbeklagten auf Erstattung der Kosten des Widerspruchsverfahrens. Zum Umfang des Schadensersatzanspruchs aus § 945 ZPO, ZZP 75, S. 232
- Markett Theo Einstweilige Verfügung mit Befriedigungserreichung, Erlangen 1935
- May Axel Die Schutzschrift im Arrest- und Einstweilige-Verfügungsverfahren, Köln 1983
- Minnerop Manfred Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln, Berlin, Bonn, München 1973
- Muther Theodor Sequestrationen und Arrest im römischen Recht, Leipzig 1856
- Neumann Horst Konkurrenz zwischen zivil- und polizeirechtlichen Ansprüchen und der Einfluß der polizeilichen auf die prozeßrechtliche einstweilige Verfügung, ZZP 59, S. 321
- Nirk Rudolf Wettbewerbsstreitigkeiten, München 1980
- Kurtze Helmut
- Ostler Fritz Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO, MDR 1968, S. 713
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 43.Auflage, München 1984
- Pastor Wilhelm L. -Der Wettbewerbsprozeß, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980
-Die Schutzschrift gegen wettbewerbsrechtliche einstweilige Verfügungen, WRP 1972, Seite 229
- Petermann Gerhard Anmerkung zu LG Koblenz, RPfl 72, 458, RPfl 1972, 458

- Plassmann Norbert Wettbewerbsbeschränkungen im Rechtsstreit, NJW 1966, S. 953
- Pothmann Walter Die einstweilige Verfügung als Ersatz einer Verurteilung, München 1949
- Raeschke=Kessler Hilmar Einstweilige Verfügung gegen Un-
kannt-ein Mittel gegen Hausbe-
setzer ? , NJW 1981, 663
- Redeker Konrad Zur Neuordnung des einstweiligen
Rechtsschutzes in der Verwaltungs-
prozeßordnung, ZRP 83, S. 149
- Redeker Konrad
Oertzen v. Hans Joachim Verwaltungsprozeßordnung, 7. Auflage,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz - 1981
- Reinheimer Hans Die einstweilige Verfügung im
Alimentenprozeß, FamRZ 1969, S. 389
- Reuter Dieter Anmerkungen zu dem Urteil des BAG
vom 26.5.1977: Weiterbeschäftigungs-
anspruch wegen des Kündigungsschutz-
prozesses-Störung des Betriebsfriedens,
SAE 1978, S. 249
- Richardi Reinhard Sind im Interesse einer gerechteren
Verteilung der Arbeitsplätze Begründung
und Beendigung des Arbeitsverhältnisses
neu zu regeln ?, JZ 1978, S. 485
- Rohmeyer Hartwig Geschichte und Rechtsnatur der einst-
weiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß
und ihre Konsequenzen für die einst-
weilige Anordnung in Ermessens- und
Beurteilungsangelegenheit, Berlin, 1967
- Rosenberg Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, 9. Auflage, München und Berlin
1961
- Rosenberg Leo
Schwab Karl Heinz Zivilprozeßrecht 13. Auflage, München,
1981
- Seuffert v. Lothar Kommentar über die bayrische Gerichts-
ordnung, 2. Auflage, Erlangen 1955
- Schilken Eberhard Die Befriedigungsverfügung. Zulässig-
keit und Stellung im System des
einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin
1965

- | | |
|--------------------------------------|--|
| Schmidt Rolf | Anmerkung zu OLG München/Augs-
burg, Beschl. v. 7.5.1975, abge-
druckt in NJW 1975, 1569,
NJW 1975, Seite 2022 |
| Schuler | Die auf Leistung lautende einst-
weilige Verfügung, NJW 1959, S. 1801 |
| Schulte Heinrich | Eine Untersuchung über das Erkennt-
nisverfahren bei Arrest und einst-
weiliger Verfügung, Gelnhausen 1929 |
| Schwartz Harald | Gewährung und Gewährleistung des
rechtlichen Gehörs durch einzelne
Vorschriften der Zivilprozeßordnung,
1. Auflage, Berlin 1977 |
| Schwerdtner Peter | Bindungswirkungen im Arrestprozeß,
NJW 1970, S. 597 |
| Statistisches Bundesamt
Wiesbaden | Statistisches Jahrbuch für die
Bundesrepublik Deutschland,
S. 339, Wiesbaden, 1984 |
| Stein Friedrich | -Grundriß des Zivilprozeßrechts
und des Konkursrechts, 3. Auflage,
Tübingen 1928

-Über die Voraussetzungen des Rechts-
schutzes, insbesondere bei der Ver-
urteilungsklage, Halle 1903 |
| Stein Friedrich
Jonas Martin | -Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
18. Auflage, Tübingen 1956

-Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
19. Auflage, Tübingen 1975

-Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
20. Auflage, Tübingen 1981 |
| Stern Jacques | Arrest und einstweilige Verfügungen
in der deutschen Zivilprozeßordnung,
Berlin 1912 |
| Teplitzky Otto | Arrest und einstweilige Verfügung,
JUS 1980, 882; 1981, 122, 352, 435 |

- Teplitzky Otto
- Die Schutzschrift als vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einstweilige Verfügungen, NJW 1980, S. 1667
 - Erfasst die Vermutung des § 25 UWG den dringenden Fall im Sinn des § 937 II ZPO ?, GRUR 1978, S.286
 - Schutzschrift, Glaubhaftmachung und besondere Dringlichkeit bei § 937 II ZPO-drei Beispiele für Diskrepanzen zwischen Theorie und Praxis, WRP 1980, 373
 - Streitfragen beim Arrest und bei der einstweiligen Verfügung, DRiZ 1982, S. 41
 - Zur Bindungswirkung gerichtlicher Vorentscheidungen im Schadensersatzprozeß nach § 945 ZPO, NJW 1984, S.850
- Thomas Heinz
- Putzo Hans
- Ullmann Eike
- Vinck Kai
- Voß Hermann
- Wenzel Leonhard
- Wetzell Georg Wilhelm
- Wieczorek Bernhard
- Zeuner Albrecht
- Zitelmann Ernst
- Zöllner Richard
- Stephan Dieter
- Zweigert Konrad
- Kötz Hein
- Zivilprozeßordnung, 12. Auflage, München 1982
- Einstweiliges Verfügungsverbot zur Sicherung des Zugewinns vor rechtskräftiger Scheidung der Ehe, NJW 1971, S. 1296
- § 25 UWG -gesetzliche oder tatsächliche Vermutung für das Bestehen des Verfügungsgrundes, WRP 1972, S. 292
- Anmerkung zur RG JW 29, 2616, JW 29, 2616
- Grundlinien des Arrestprozesses, MDR 1967, S. 889
- System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Auflage, Leipzig 1878
- Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Auflage, Berlin 1966
- Arbeitskampf und einstweilige Verfügung, RdA 1971, 5013
- Rechtsvergleichen, Zweigert-Puttfarcken, Darmstadt 1978
- Zivilprozeßordnung, 14. Auflage, Köln 1984
- Einführung in die Rechtsvergleichen auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I, Grundlagen, 2. Auflage, Tübingen 1984

Entscheidungsverzeichnis

- Albini v. Stanco (1969) 3o6 NYS2d 731
- Alemite Mfg Co. v. Staff, 42 F 2d 832 (2d Circ. 193o)
- Allied-Crossroads Nuclear Corp. v. Atcor Inc.(1966)268
NYS 2d 4oo
- American Cynamid Co. v. Public Service Commission
(198o) 431 Nys 2d 336
- American Hospital Asso. v. Harris (1979) 477 F. Supp.665
- American Optical v. Rayex Corp.,394 F 2d 155 (2d Circ. 1968)
- Arnold v. Mayal Realty Co. , 299 NY 57
- Avien, Inc. v. Weiss (1966) 269 NYS 2d 836
- Babho Realty Co.,Inc. v. Feffer (193o) 245 NYS 118
- Bachmann v. Harrington (19o6) 184 NY 458
- Bartles No. Oil v. Jackman (1915) 15o NW 576,58o
- Bausch & Lomb,Inc. v. Hydron Pacific., Ltd.(1975)
371 NYS 2d 292
- Bayview General Hospital v. Associated Hospital Service
of New York (1964) 256 NYS 2d 471
- Beach v. Queen County Jockey Club (1937) 298 NYS 777
- Begleiter v. Moreland (1961) 225 NYS 2d 577
- Bengniat v. Gotham Nat. Bank of New York (1941) 24 NYS 2d
836, affirmed 287 NYS 2d 733,39 N.E. 2d939
- Blumberg v. Thomaston Spruce Corp. (1974) 36o NYS 2d 43
- Board of Fire Com'rs Dist. No. 2 v. Windmill Farm Water-
Works Corp. (1962) 225 NYS 2d 8o1
- Board of Higher Ed. of City of New York v. Marcus (197o)
311 NYS 2d 579
- Bonaparte v. Camden & A. RY., 3 Fed. Cas. 821,827(No. 1617)
C.C.C.D.N.J. 183o
- Bond Stores v. Marbridge Bldg. Co.(1945) 58 NYS 2d 13
- Bookcase , Inc. v. Broderick (1965) 267 NYS 2d 41o
- Brand v. Bartlett (1976) 383 NYS 2d 668
- Brownstein v. Morris (196o) 2o3 NYS 2d 465
- C.A. Gambrill Mfg. Co. v. E.R. Sherburne Co. (1921) 185
NYS 5o2

- Carmado v. Board of Ed. of Citv School Dist. (1975) 376 NYS 2d
344
- Cambar Enterprises, Inc. v. Kelly Services., Inc. (1979)
418 NYS 2d 818
- Cambell v. Ernest (1892) 19 NYS 123
- Career Placement of White Plains., Inc. v. Vans (1974)
354 NYS 2d 764
- Carmen v. Fox Film Corp. (C.A. 2 NY) 269 F 928
- Caroll v. President & Commissioners of Princess Anne
(1968) 393 U.S. 175 in 89 Supreme
Reporter 34 (1970)
- Carpenter & Hughes v. De Joseph (1961) 217 NYS 2d 857
- Chabelle v. Gross (1966) 274 NYS 2d 555
- Chisolm v. Caines, 121 Fed. 397 C.C.C.S.C. 1903
- Christopher v. Jones, 231 Cal.App. 2d 408
- City of Buffalo v. Manjan (1975) 370 NYS 2d 771
- City of Utica v. Mercon., Inc. (1972) 336 NYS 2d 880
- City of Yonkers v. Dyl & Dyl Development Corp. (1971)
325 NYS 2d 206
- Clarkson Co. v. Shaheen (CA 2 NY) 544 F 2d 624
- Cohen v. Queensborough Farm Products (1951) 104 NYS 2d 557
- Com. Sanitation Co. of N.Y. v. Fox (1951) 107 NYS 2d 935
- Commonwealth v. Gibney, 21 Pa. D. & C. 2d 5 (c. p. 1959)
- Cornell Univ. v. Livingstone , 332 NYS 2d 843
- Criminis v. American Stock Exchange, Inc., 346 F. Supp.
1256 (S.D.N.Y. 1972)
- Cross Properties, Inc., v. Brook Realty Co., (1980)
430 NYS 2d 820
- Dallas Hunting & Fishing Club v. Dallas County Bois
D'Arc Island Levee Dist., 235 S.W. 607
(Tex.Civ. App. 1921)
- Daly v. Amberg, 126 NY 490
- Damon Creations, Inc. v. James Talcott, Inc. (1972) 332 NYS 2d 180
- Davis v. Gibbs, 234 P 2d 1071
- De Carlo v. Sanese (1978) 410 NYS 2d 490
- De Pina v. Educational Testing Service (1969) 297 NYS 2d 472
- Dello Joio v. Rubenheimer (1962) 234 NYS 2d 882

Deweese v. Reinhard (1897) 165 U.S. 386
Dixon v. Corrigan (1955) 145 NYS 2d 222
Doe v. Roe (1977) 395 NYS 2d 668
Donald Schaffer, Inc.. v. Schaffer (1974) 354 NYS 2d 716
Donovan v. Pennsylvania Co., 199 U.S. 279
Duane Sales, Inc., v. Hayes (1982) 449 NYS 2d 333
Durante v. Paramount Pictures Corp. (1952) 111 NYS 2d 138
East India Co. v. Vincent (1740) 2 Au. K
Eastern Paralyzed Veterans Ass'n v. Metropolitan Transp.
Authority (1982) 458 NYS 2d 815
Eckert v. Eckert (1958) 182 NYS 2d 600
Edelmann v. Jordan (1974) 415 U.S. 651
Eldre Components, Inc., v. Klimann (1965) 262 NYS 2d 732
Ellenberg v. Brach (1982) 450 NYS 2d 815
Ellermann Lines v. Read (1928) 2 K.B. 144
Elliot v. Mosgrove (1934) 162 Ore 540; 93 P 2d 1070
Entectic Welding Alloys Corp. v. Zeisel II F.R.D. 78 (D.N.J. 1950)
Erie County (1966) 207 NYS 2d 383
Estate of Roth Ro. (1975) 379 NYS 2d 923
Evans v. Reading Chemical & Fertilizing Co. (1894) 160 Pa 209
Everest Enterprises, Inc. v. Alphatape Sales Co. (1903) 243 NYS 2d 322
Fairrington v. Dyke Water Co., 50 Cal. 2d 198
Fair Sky Inc. v. International Cable Ride Corp. (1965)
257 NYS 2d 351
Fein v. Security Banknote Co., 157 F.Supp. 146 (S.D.N.Y. 1957)
Feingold v. Ellmann (1954) 138 NYS 2d 192
Ferris v. Paulding Exempted Village School Bd. of Edu.
454 N.E. 2d 957
Firestone v. First Dist. Dental Soc. (1965) 266 NYS 2d 268
Frank D. Wayne Associates, Inc., v. Paul A. Lussier, Mass.
App. (1983) 454 N.E. 2d 109
FTC v. Rhodes Pharmacal Co. 191 F 2d 744 (7th Circ. 1951)
Gambar Enterprises, Inc., v. Kelly Services, Inc. (1979)
418 NYS 2d 818
Gibbons v. Hoffmann (1952) 115 NYS 2d 632
Giordano v. Dellwood Dairy Co. (1934) 275 NYS 193

Gorham v. Sayles (1901) 23 R.I. 449, 50 A. 848
Graham v. Board of Sup'rs, Erie County (1966) 267 NYS 2d 383
Grand Lodge Knights of Pythias of NY v. Supreme Lodge Knights
of Pythias (1952) 112 NYS 2d 61
Grogan v. Saint Bonaventure University (1982) 458 NYS 2d 410
Guggenheimer v. Ginzburg (1976) 384 NYS 2d 162
Hamilton Watch Co., v. Benrus Watch Co., 206 F 2d 738 (2d Circ. 1953)
Hanley v. Fox (1982) 456 NYS 2d 251
Harold Properties Corp. v. Frankel (1983) 461 NYS 2d 9
Heltzel v. O.K. Transfer Co. (1958) 330 P 2d 510
Hong Hoon v. Lum Wai (1922) 26 Hawaii 546
House of Chan. Inc., v. Dyckmann (1956) 155 NYS 2d 616
Hunt v. Stirone (1931) 249 NYS 591
Iden v. Denys E.C.P. CCCXXVI, 49
Ilse Modes Inc., v. Ilsa Originals Limited (1962) 231 NYS 2d 1
In re Utica Teachers Ass'n (1971) 325 NYS 2d 587
Iqbal AKHTER, M.D. and I. AKHTER M.D., s.c. and Ihinois Profes-
sional Corporation v. Sirish SHAH. M.D.N.E. 2d
Ivescon v. Harris, I. Ves. Jr. 251, 256, 32 Eng Rep. 102,
104 (Ch 1802)
Jackson Dairy , Inc., v. H.P. Hood & Sons, Inc. C.A.N.Y.
(1979) 596 F 2d 70, 72
James v. Board of Ed. of City of New York (1977) 397 NYS 2d 934
James v. Lyon (1962) 226 NYS 2d 642
Jaymar's, Inc., v. Schwartz (1962) 235 NYS 2d 449
Kelly v. Myrick (1923) 200 NYS 90
Krebiozen Research Foundations v. Beacon Press (1956) 134
N.E. 2d 1 (Mass. S.Ct.)
Landell v. Nothern Pacific Ry. Co., 122 F Supp. 253
Lane v. Newdigate, 10 Ves. Jr. 192, 32 Eng. Rep. 818 (Ch. 1804)
Latex Corp. v. Flexees Inc., (1953) 119 NYS 2d 409
Libow v. Freesport Drug Shop Inc. (1961) 218 NYS 2d 897
Lily Pond Lane Corp. v. Technicolor, Inc. (1979) 414 NYS 2d 596
Litwa v. Litwa (1982) 452 NYS 2d 241
Lotto, Stolowitz and Farr v. New York Tel. Co. (1973) 347 NYS 2d 530
Lowe v. Reynolds (1980) 428 NYS 2d 358

Lynch v. Metropolitan Elev. R. Co., 129 NY 274, 29 NE 315
110 Manno Realty Corp. v. Town of Huntington (1970) 306 NYS 2d 746
Margolies v. Encounter, Inc. (1977) 398 NYS 2d 877
Marullo v. Chresafis (1965) 264 NYS 2d 112
Maspeth Branch Realty, Inc. v. Waldbaum, Inc. (1963) 244 NYS 2d 632
Mc Grath v. Kneisley, 142 NE 2d 530
Mc Gurren v. Fargo (ND) 66 NW 2d 207
Mc Leod v. General Electric Co., 366 F 2d 847 (2d Circ. 1966)
Mc Mullan v. Wohlgemuth (1971) 444 Pa 563
Mc Kesson & Robbin, Inc. v. New York State Bd. of Pharmacy
(1962) 226 NYS 2d 271
Metz v. People (1973) 341 NYS 2d 940
Michael Lidogoster v. Mikhail Krasnermann (1983) 463 NYS 2d 1019
Mid- Hudson Nuclear Opponents, Inc. v. Consolidated Edison Co.
(1979) 418 NYS 2d 883
Morano v. Moleti (Supp.Ct. 1959) 194 NYS 2d 389
Morgan v. New York Racing Ass'n (1979) 421 NYS 2d 249
Morrissey v. Biewer (1972) 408 U.S. 471
Morton Salt Co. G.S. Suppiger Co. (1942) 314 U.S. 488
Motor Vessel Theresa Ann. v. Kreps, 548 F 2d 1382 (9th Circ. 1977)
Nassa Roofing & Sheet Metal Co. v. Facilities Development Corp.
(1979) 418 NYS 2d 216
National Nutritional Food Association v. Goyan 1980 (SD NY)
493 F Supp. 1044
Nature's Bounty, Inc. v. Super X Drugs Corp. (1980 Ed NY) 490
F Supp 50
Naxon Telesign Corp. v. Selig, 38 III App 2d 242, 186 NE 2d 666
New York State Electric & Gas Corporation v. City of
Plattsburgh (1938) 3 NYS 2d 122
New York Tel. Co. v. Public Service Commission (1971) 320 NYS 2d 280
North Georgia Finishing, Inc. v. Di. Chem., Inc. (1975) 419 U.S. 601
O'Brien v. Barnes Bldg. Co., Inc. (1974) 380 NYS 2d 405, affirmed
372 NYS 2d 992
O'Brien v. O'Brien (1949) 362 PA 66
O'Brien v. Matual, 14 III App 2d 173, 144 NE 2d 446
Olechna v. Town of Smithtown (1976) 381 NYS 2d 321

Opatoshu v. Concord Properties, Inc. (1963) 237 NYS 2d 545
Orange & Rockland Utilities, Inc. v. Amerada Hess. Corp. (1971)
324 NYS 2d 494
Overmyer v. Eliot Realty (1975) 371 NYS 2d 246
Paine & Chriscott v. Blair House Associates (1979) 417 NYS 2d 68
Paramount Pictures Corp. v. Davis, 228 Cal. App 2d 827, 39 Cal.
Rptr. 791 (1964)
Parkmed Co. v. Pro- Life Counselling, Inc. (1982) 457 NYS 2d 27
Patton v. Commonwealth Trust Co. 276 PA 95
Penoyar v. Kelsey (1896) 150 NY 77, 80, 44 NE 788, 789
People v. Asiatic Petroleum Corp., 357 NYS 2d 542
People v. Hatchamovitch (1972) 334 NYS 2d 565
People v. Magee (1979) 423 NYS 2d 417
People ex. rel. Sandness v. Sheriff of Kings County (1937) 299 NYS 9
Peoples Gas Light & Coke v. City of Chicago (1983) 453 NE 2d 740
Personal Sportswear v. Silverstein (1982) 456 NYS 2d 372
Pilzer v. Trade Union Service (1950) 96 NYS 2d 377
Polner v. Arlining Realty, Inc., 86 NYS 2d 891
Powlowski v. Wullich (1975) 366 NYS 2d 584
Prince Mfg. Co. v. Prince's Metallic Paint Co., 135 NY 24, 31 NE 990
Public Fuel Service, Inc. v. City of New York (1983) 458 NYS 2d 593
Quandt's Wholesale Distributors, Inc. v. Giardino (1982) 448 NYS 2d 809
R & J. Bottling Co., Inc. v. Rosenthal (1972) 337 NYS 2d 783
Rhodes v. Wheeler (1900) 63 NYS 184
Rondeau v. Mosinee Paper Corp. (1975) 422 U.S. 49, 60-69
Rose v. Brown, 58 NYS 2d 654
Ryder v. Bentham (1750) Ves. Sr.
Seaward v. Patterson (1897) 1 Ch. 545 (C.A.)
S E C v. General Sec. Co., 216 F Supp., 350 (S.D.NY 1963)
Selchow & Righter Co. v. Western Printing & Lithographing
Co., 112 F 2d 430 (7th Circ. 1940)
Semmes Motors Inc. v. Ford Motor Co., 429 F 2d 1197
(2d Circ. 1970)
Sheldon v. Rockwell, 9 Wisc. 166
Siegel v. Nothern Boulevard & 80 th Street Corp. (1968)
295 NYS 2d 804
Sierra Club v. Coleman, 405 F Supp. 53 (D.D.C. 1975)

Smith v. Boxer (1974) 358 NYS 2d 174
Smith v. Smith, L.R. 2o Eq. 5oo (C.A. 1875)
Somerset Railroad Corporation v. D.G. Graham (1982) 453 NYS 2d 527
Suma v. Landriscina (1942) 36 NYS 2d 279
Schram v. Keanes, 279 NY 277
Stacey Hardware & Elec. Supplies, Inc. v. Fidelis Factors
Corp., Fidelity Factors Division (1968) 29o NYS 2d 19
State v. Terry (1917) 99 Wash. 1.,168 P 513
State University New York v. Denton (197o) 316 NYS 2d 297
Stipoli v. Bickal (1964) 248 NYS 2d 588
Streamwood Home Builder, Inc. v. Brolin, 165 NE 2d 531
Texas Pipeline Co. v. Burton Drilling Co. (1932) 54 SW 2d 19o
Tobin v. Hennessy (1928) 227 NYS 363
Todd-Buick, Inc. Smith (1922) 192 NYS 459, aff'd 194 NYS 985
Tribune printing Co., Inc. v. 263 Ninth Ave. Realty, Inc.
(1982)452 NYS 2d 59o ✓
Triple D. & E. Inc. v. van Buren (1972) 339 NYS 2d 821
Tucker v. Toia (1976) 388 NYS 2d 475
Union Sav. Bank of Long Island v. Siebert (198o) 431 NYS 2d 88
United States v. Nutrition Serv., Inc., 227 F Supp 375,389
(W.D. Pa. 1964)
U.S. v. United Mine Workers (1947) 33o U.S. 258
Vasu v. Kohlers, Inc.,145 Ohio St. 321,334f
Village of Honeye Falls v. Elmer (1979) 416 NYS 2d 148
Village of Mamaroneck Litchie (1947) 72 NYS 2d 686
Wallstreet Transcript Corp. v. 343 East 42 rd Street Holdin,
Corp., (1981) 439 NYS 2d 23
Walsh v. New York State Liquor Authority (1975) 257 NYS 2d 971
affirmed 259 NYS 2d 491
Western New York Motor Lines, Inc. v. Rochester- Genessee
Regional Transp. Authority (1973) 34o NYS 2d 252
Whalen v. Union Bag & Paper Co., 2o8 NY 1
William H. Wise & Co. v. Doubleday Doran & Co. (1946) 6o NYS 2d 719

Anhang

A. Gesetzliche Bestimmungen im Auszug

Civil Practice Law and Rules

I. Article 60 - Provisional Remedies Generally

§ 6001 Kinds of provisional remedies ; when remedy available to defendant.

The provisional remedies are arrest, attachment, injunction, receivership and notice of pendency. On a motion for a provisional remedy, the plaintiff shall state whether any other provisional remedy has been secured or sought in the same action against the same defendant, and the court may require the plaintiff to elect between those remedies to which he would otherwise be entitled ;

II. Article 63 - Injunction

§ 6301 Grounds for preliminary injunction and temporary restraining order

A preliminary injunction may be granted in any action where it appears that the defendant threatens or is about to do, or is doing or procuring or suffering to be done, an act in violation of the plaintiff's rights respecting the subject of the action and tending to render the judgement ineffectual, or in any action where the plaintiff has demanded and would be entitled to a judgement restraining the defendant from the commission or continuance of an act, which, if committed or continued during the pendency of the action, would produce injury to the plaintiff. A temporary restraining order may be granted pending a hearing for a preliminary injunction where it appears that immediate and irreparable injury, loss or damage will result unless the defendant is restrained before the hearing can be had.

§ 6311 Preliminary injunction

1. A preliminary injunction may be granted only upon notice to the defendant. Notice of the motion may be served with the summons or at any time thereafter and prior to judgement.

.....

2.

§ 6312 Motion papers ; undertaking

(a) Affidavit ; other papers On a motion for a preliminary injunction the plaintiff shall show, by affidavit and such other evidence as may be submitted, that there is a cause of action, and either that the defendant threatens or is about to do, or is doing or procuring or suffering to be done, an act in violation of the plaintiff's rights respecting the subject of the action and tending to render the judgement ineffectual ; or that the plaintiff has demanded and would be entitled to a judgement restraining the defendant from the commission or continuance of an act, which, if committed continued during the pendency of the action, would produce injury to the plaintiff.

(b) Undertaking. Except as provided in section 2512, prior to the granting of a preliminary injunction, the plaintiff shall give an undertaking in an amount to be fixed by the court, that the plaintiff, if it is finally determined that he was not entitled to an injunction will pay to the defendant all damages and costs which may be sustained by reason of the injunction, including,

1. if the injunction is to stay proceedings in another action, on any ground other than that a report, verdict or decision was obtained by actual fraud, all damages and costs, which may be, or have been, awarded in the other action to the defendant as well as all damages and costs which may be awarded him in an action in which the injunction was granted ; or

2.

3.

§6313 Temporary restraining order

(a) Generally. If, on a motion for a preliminary injunction, the plaintiff shall show that immediate and irreparable injury, loss or damages will result unless the defendant is restrained before a hearing can be had a temporary restraining order may be granted without notice. Upon granting a temporary restraining order, the court shall set the hearing for the preliminary injunction at the earliest possible time.....

(b) Service. Unless the court orders otherwise, a temporary restraining order together with the papers upon which it was based, and a notice of hearing for the preliminary injunction, shall be personally served in the same manner as a summons.

(c) Undertaking . Prior to the granting of a temporary restraining order the court may, in its discretion, require the plaintiff to give an undertaking in an amount to be fixed by the court, containing terms similar to these set forth in subdivision (b) of rule 6312 and subject to the exception set forth therein.

§6314 Vacating or modifying preliminary injunction or temporary restraining order

A defendant enjoined by a preliminary injunction may move at any time, on notice to the plaintiff, to vacate or modify it. On motion, without notice, made by a defendant enjoined by a temporary restraining order, the judge who granted it, or in his absence or disability, another judge, may vacate or modify the order: An order granted without notice and vacating or modifying a temporary restraining order shall be effective when, together with the papers upon which it is based, it is filed with the clerk and served upon the plaintiff. As a condition to granting an order vacating or modifying a preliminary injunction or a temporary restraining order, a court may require the

defendant, except where the defendant is a public body or officer, to give an undertaking, in an amount to be fixed by the court, that the defendant shall pay to the plaintiff any loss sustained by reason of the vacating or modifying order.

B. Auszug aus dem Referentenentwurf eines 2. ZPO-Änderungsgesetzes

76. In § 935 werden folgende Absätze 2, 3 angefügt:

"(2) Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei andauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

(3) Eine einstweilige Verfügung, die dem Antragsteller eine Befriedigung in der Hauptsache verschafft oder dem Antragsgegner einen nicht zu ersetzenden wesentlichen Nachteil bringt, darf nur ergehen, wenn dem Antragsteller andernfalls ein unverhältnismäßiger, schwerer Nachteil entsteht. Die Räumung von Wohnraum darf nur wegen verbotener Eigenmacht angeordnet werden."

77. An die Stelle des § 937 Abs. 2 treten folgende Vorschriften:

"(2) Das Gesuch muß eine Erklärung darüber enthalten, ob die Sache anderweitig anhängig gemacht worden ist.

(3) Das Gesuch kann nur im Verfahren vor dem Amtsgericht zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden.

(4) Eine einstweilige Verfügung darf ohne mündliche Verhandlung nur ergehen, wenn sie so eilbedürftig ist, daß sie nicht bis zur mündlichen Verhandlung aufgeschoben werden kann, oder wenn durch die Anordnung der mündlichen Verhandlung der Zweck der einstweiligen Verfügung gefährdet wird."

Begründung

Zu Nr. 76

In § 935 werden die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zusammenfassend behandelt; es wird wie nach geltendem Recht unterschieden zwischen der Anordnung zur Sicherung eines Rechts und der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Daneben enthält § 935 nunmehr ergänzende Bestimmungen über solche einstweilige Verfügungen, die dem Antragsteller eine Befriedigung in der Hauptsache verschaffen oder dem Antragsgegner einen nicht zu ersetzenden wesentlichen Nachteil bringen.

Absatz 1 enthält unverändert den bisherigen einzigen Absatz von § 935 ZPO, Absatz 2 ebenfalls ohne Änderung den bisherigen § 940 ZPO.

Absatz 3 Satz 1 führt eine neue zusätzliche Bestimmung über den Erlaß solcher einstweiligen Verfügungen ein, die dem Antragsteller eine Befriedigung in der Hauptsache verschaffen oder dem Antragsgegner einen nicht zu ersetzenden wesentlichen Nachteil bringen. Die erstgenannte Gruppe von einstweiligen Verfügungen wird in der Praxis häufig nach § 940 ZPO erlassen, meist unter dem Gesichtspunkt der Abwendung wesentlicher Nachteile (OLG Frankfurt NJW 32, 3728), mitunter aber auch unter Berufung auf die Vorschriften der §§ 935 und 940 ZPO als besondere von der Rechtsprechung zugelassene "einstweilige Verurteilung" (OLG Stuttgart NJW 35, 1584). Nach diesen Bestimmungen werden von den Gerichten bisweilen auch irreparable einstweilige Verfügungen erlassen, die dem Antragsgegner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen. Sie sind gekennzeichnet durch die faktische Endgültigkeit der durch die Anordnung geschaffenen Lage und stehen damit

in einem gewissen Widerspruch zu dem Wortlaut der §§ 935 und 940 ZPO. Sie dienen nämlich nicht nur der Offenhaltung eines bestehenden Zustandes (§935 ZPO) oder der Regelung eines einstweiligen Zustandes (§ 940 ZPO) im Rahmen eines streitigen Rechtsverhältnisses, sondern führen vielmehr schon endgültige Wirkungen herbei.

Die Notwendigkeit solcher Verfügungen auf vielen Rechtsgebieten ist zwar nicht zu leugnen. Befriedigungsverfügungen sind vor allem im Unterhalts-, Schadensersatz-, Haftpflicht- und Arbeitsrecht unerläßlich, soweit sie dem dringenden Bedürfnis des Antragstellers nach sofortiger Hilfe und damit der Abwendung wesentlicher Nachteile im Sinne von § 940 ZPO dienen. Entsprechendes gilt für Presse- und Wahlsachen sowie Wettbewerbs-, Patent- und Gebrauchsmustersachen. Auch hier wird ein vorläufiger Rechtsschutz ohne gleichzeitige (Vor)entscheidung über den Anspruch selbst häufig nicht zu erreichen sein. Mit- hin muß die Anordnung des Gerichts zumindest teilweise schon über die Hauptsache, wenn auch oft vorbehaltlich späterer Änderungen im Prozeß ergehen, so etwa bei einem Unterlassungsanspruch in Pressesachen hinsichtlich einer für den nächsten Tag vorgesehenen Veröffentlichung.

Abgesehen davon, daß in solchen Verfahren oft Entscheidungen über Gegenstände von hohem Wert gefällt werden, sind die Folgen der Vollziehung der einstweiligen Verfügung vielfach irreparabel, so daß ein Hauptprozeß häufig nicht mehr sinnvoll ist. Diesen einschneidenden Wirkungen einer einstweiligen Verfügung der genannten Arten steht das nur summarische Verfahren ihrer Anordnung gegenüber, in dem etwa bei einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung sogar das rechtliche Gehör zunächst suspendiert sein kann und Beweismittel nur beschränkt zugelassen sind (§§ 936, 920 Abs.2, § 294 Abs. 2 ZPO). Ferner ist in diesen Verfahren die gegenüber den im ordentlichen Rechtsstreit zulässigen Beweismitteln weniger sichere Versicherung an Eides Statt (294 Abs. 1 ZPO) zulässig. Es erscheint deshalb für diesen Kreis von einstweiligen Verfügungen eine Verstärkung der materiellen und formellen Kautelen des Verfahrens aus rechtsstaatlichen Gründen geboten. Als eine solche Sicherung ist

vor allem die mündliche Verhandlung anzusehen, in der dem Antragsgegner vor der Entscheidung über das Gesuch in vollem Umfang das rechtliche Gehör gewährt wird. Sie ist in dem neuen § 937 Abs. 4 i.d.F. des Entwurfs (Artikel 1 Nr. 77) allgemein für den Erlass aller einstweiligen Verfügungen stärker in den Vordergrund gestellt worden. Auf die Ausführungen hierzu in der Begründung wird verwiesen.

Andererseits kann aber auch für die in dem neuen Absatz 3 genannten Arten von einstweiligen Verfügungen ebensowenig wie für die sonstigen einstweiligen Verfügungen ein ausnahmsloser Zwang zur Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung eingeführt werden. Auf die mündliche Verhandlung wird auch hier künftig in besonders eiligen Fällen verzichtet werden müssen, wenn der Zweck der Maßnahme sonst gefährdet wäre. Das wird gerade in den in dem neuen Absatz 3 genannten Arten von einstweiligen Verfügungen häufig der Fall sein, etwa wenn es sich in Unterhaltssachen um die Sicherung des akuten allgemeinen Lebensbedarfs des Antragstellers handelt. Unverändert bleiben mußten aus diesen Gründen auch die Regelungen der §§ 936, 920 Abs. 2, § 504 ZPO, um die Verfahren der einstweiligen Verfügungen nicht zu verlangsamen und damit ihren Zweck zu gefährden. Weiterhin wird daher jedes Beweismittel, also auch die Versicherung an Eides Statt, zuzulassen sein.

Sind hiernach die Möglichkeiten zur allgemeinen stärkeren rechtsstaatlichen Absicherung des Verfahrens auf Erlass einer befriedigenden oder irreparablen einstweiligen Verfügung beschränkt, so bleibt allein der Weg offen, solche Verfahren nur noch in den unumgänglich notwendigen Fällen zuzulassen. Die befriedigende oder irreparable einstweilige Verfügung soll daher nur erlassen werden dürfen, wenn dem Antragsteller sonst ein objektiv schwerer Nachteil entsteht. Diese Einschränkung ist allerdings auch schon bisher

in der Praxis gemacht und meist aus § 94o ZPO abgeleitet worden. Der Entwurf geht aber unter Berücksichtigung der Natur der einstweiligen Verfügung, als eines Instruments zum vorläufigen Ausgleich gegenläufiger Parteiinteressen, weiter und zwingt das Gericht, diese Interessen gegeneinander abzuwägen. Es darf eine befriedigende oder irreparable Verfügung nur noch erlassen, wenn der Schaden, der bei Nichterlaß der einstweiligen Verfügung entstünde, größer wäre als der bei einem Erlaß der Verfügung drohende Schaden. Im ersten Fall träfe der Schaden den Antragsteller, im zweiten den Antragsgegner. Daher bestimmt der neue § 935 Abs. 3, daß eine einstweilige Verfügung, die dem Antragsteller eine Befriedigung in der Hauptsache verschafft oder dem Antragsgegner einen nicht zu ersetzenden wesentlichen Nachteil bringt, nur noch ergehen darf, wenn dem Antragsteller sonst ein unverhältnismäßiger, schwerer Nachteil entstünde. Damit ist ein Nachteil gemeint, der den bei Erlaß der einstweiligen Verfügung dem Antragsgegner drohenden Schaden an Schwere noch übertrifft. Satz 2 übernimmt inhaltlich unverändert die Bestimmung des geltenden § 94o a ZPO, die als bestimmter Unterfall einer einstweiligen Verfügung mit Befriedigungswirkung anzusehen ist.

Zu Nr. 77

Der neu eingefügte § 937 Abs. 2 bestimmt, daß das Gesuch um Erlaß einer einstweiligen Verfügung eine Erklärung darüber enthalten muß, ob die Sache anderweitig anhängig gemacht worden ist. Hierdurch soll verhindert werden, daß in Fällen, in denen, wie häufig etwa in Pressesachen, mehrere Gerichte zuständig sind, der Antragsteller, der mit seinem Gesuch bei einem dieser Gerichte nicht durchgedrungen ist, denselben Antrag später bei anderen Gerichten anhängig macht, bis er irgendwo zum Erfolg führt. Es kommt auch vor, daß derselbe Verfügungsantrag bei mehreren Gerichten gleich-

zeitig mit der Absicht anhängig gemacht wird, ihn, sobald er bei einem Gericht durchdringt, bei den anderen Gerichten zurückzuziehen. Hierdurch werden nicht nur die Gerichte im Übermaß in Anspruch genommen, sondern es entsteht auch die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen verschiedener Gerichte über dieselbe Rechtssache. Um solchen Mißbräuchen zu begegnen, erscheint es angezeigt, dem Antragsteller die besondere Erklärung in seinem Gesuch darüber aufzuerlegen, ob die Sache anderweitig anhängig gemacht worden ist. Ist in dem Antrag diese Erklärung nicht enthalten, so wird er als nicht ordnungsmäßig zurückzuweisen sein.

Die Neuregelung betrifft mithin nicht die Fragen der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft der einstweiligen Verfügung, die weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben müssen. Diese stellen sich z.B., wenn bei mehraktigen Delikten, etwa Pressedelikten, bei jedem von mehreren angerufenen Gerichten jeweils nur die Ansprüche aus denjenigen Einzelhandlungen geltend gemacht werden, die gerade in dem Bezirk des angerufenen Gerichts begangen worden sind(RGZ 72,41).

Absatz 3 führt für die Verfahren vor den Landgerichten und den Oberlandesgerichten den Anwaltszwang auch schon für den Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung ein (bisher §§ 936, 920 Abs. 3 ZPO). Künftig soll eine einstweilige Verfügung grundsätzlich nur nach mündlicher Verhandlung ergehen, in der sich die Parteien vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht ohnehin schon nach geltendem Recht durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen. Daher erscheint es zweckmäßig, den Anwalt hier schon von Anfang an in das Verfahren einzuschalten. Dies empfiehlt sich auch in den Fällen, in denen eine einstweilige Verfügung auch künftig ohne mündliche Verhandlung erlassen werden kann. Ob z.B. die Voraussetzungen der § 935 Abs. 3 i.d.F. des Entwurfs (Artikel 1 Nr. 76) im Einzelfall vorliegen oder nicht, bedarf einer sorgfältigen Prüfung, zu der in der Regel ein Rechtsanwalt leichter in der Lage sein

wird als die Partei selbst.

Der neue Absatz 4 verstärkt gegenüber dem geltenden § 937 Abs. 2 im Verfahren der einstweiligen Verfügung den Grundsatz der mündlichen Verhandlung. Die neue Bestimmung stellt das Kernstück der Bemühungen um eine bessere rechtsstaatliche Absicherung des Verfahrens der einstweiligen Verfügung im allgemeinen dar. Auf die Ausführungen im Ersten Teil der Begründung unter V 2 wird Bezug genommen. Während der geltende § 937 Abs. 2 ZPO nur unbestimmt auf die Dringlichkeit des Falles abstellt, knüpft der an seine Stelle tretende neue Absatz 4 für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung an bestimmte und nachprüfbare Umstände an. Danach soll der Verzicht auf die mündliche Verhandlung nur statthaft sein, wenn entweder die Maßnahme so eilbedürftig ist, daß sie nicht bis zur mündlichen Verhandlung aufgeschoben werden kann, oder wenn durch die Anordnung der mündlichen Verhandlung der Zweck der einstweiligen Verfügung gefährdet würde. Damit wird einem großzügigen Erlass von einstweiligen Verfügungen meist nur auf Grund des einseitigen Vortrags des Antragstellers, wie er bei verschiedenen Gerichten angesichts der weiten Fassung des § 937 Abs. 2 ZPO festzustellen ist, entgegenwirkt und auch in dem Verfahren der einstweiligen Verfügung der verfassungsmäßige Grundsatz des rechtlichen Gehörs, allerdings in einer mit den Notwendigkeiten dieses Verfahrens korrespondierenden eigenen Form, stärker verwirklicht. Nur soweit der Verfahrenszweck im Einzelfall, insbesondere durch den mit der Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Verhandlung verbundenen Zeitaufwand, ganz oder teilweise vereitelt oder gefährdet würde, kann die einstweilige Verfügung auch künftig ohne mündliche Verhandlung erlassen werden. Das sind neben der Eilbedürftigkeit vor allem diejenigen Fälle, in denen zu erwarten ist, daß der Antragsgegner im voraus die sichernde Funktion der beantragten Maßnahme hinfällig machen würde, wenn er vor ihrer Anordnung davon erführe.

Lebenslauf

Am 12.3.1956 wurde ich in Ludwigshafen am Rhein als Tochter des Facharztes für Orthopädie Dr. Alois Stein und seiner Ehefrau Ingeborg, geb. Eichenlaub geboren. Ich besuchte ab April 1963 die Volksschule St. Marien in Alzey und ab September 1966 das Staatl. Mädchen-gymnasium am Römerkastell in Alzey. Im September 1973 wechselte ich auf das staatlich anerkannte private Gymnasium Humboldt-Schule in Wiesbaden, an dem ich am 15.5.1975 die Reifeprüfung bestand.

Von Oktober 1975 bis September 1980 studierte ich Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg - Universität zu Mainz. Am 15.9.1980 legte ich vor dem rheinland-pfälzischen Justizprüfungsamt Mainz das Erste Juristische Staatsexamen ab.

Am 19.9.1980 heiratete ich den Rechtsanwalt Alexander Hobohm.

In der Zeit vom November 1980 bis zum April 1983 absolvierte ich meine Referendarausbildung im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz und legte am 14.4.1983 das Zweite Juristische Staatsexamen vor dem rheinland-pfälzischen Justizprüfungsamt ab.

Am 26.5.1983 erhielt ich meine Zulassung zur Rechts-anwaltschaft im Landgerichtsbezirk Mainz.

